# Die Gültigkeit der Amtshandlungen eines geisteskranken Richters

## Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau
vorgelegt von

**Manfred Jurisch**
Referendar
am Preußischen Landgericht zu Hirschberg (Riesengebirge)

Spezial-Druckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen, Kdt.-Ges., Ohlau in Schlesien

1928.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Berichterstatter: Professor Dr. Heilborn

Meinem lieben Vater!

# Inhaltsverzeichnis.

# Literaturverzeichnis.


1. **Anschütz:** Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 5. Aufl. 1926.
2. **Apelt:** Der verwaltungsrechtliche Vertrag. (Ein Beitrag zu der Lehre von der rechtswirksamen Handlung im öffentlichen Recht.) 1920.
3. **Barbarino:** Die Rechtskraft des Strafurteils und ihre Wirkungen. Würzbg. Diss. 1902.
4. **Baumbach:** Zivilprozeßordnung nebst Gerichtsverfassungsgesetz und den wichtigsten Nebengesetzen. 4. Aufl. 1928.
5. **Beling:** Strafprozeßrecht (Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft). 2. Band, 1904.

5a. **Beling:** Deutsches Reichsstrafprozeßrecht mit Einschluß des Strafgerichtsverfassungsgesetzes. 1928.

6. **Bennecke-Beling:** Lehrbuch des Deutschen Reichsstrafprozeßrechts, Breslau 1900.
7. **Binding:** Grundriß des Deutschen Strafprozeßrechts, 5. Aufl. Leipzig 1904.
8. **Bornhak:** Preußisches Staatsrecht, 2. Bände, 2. Aufl. 1912.
9. **Brand:** Das Beamtenrecht, 2. Auflage, 1926.
10. **Bülow:** Dispositives Zivilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsnorm. (Zivil. Arch. Bd. 64, N. F. 14.)
11. **Ebner:** Die Rechtsverhältnisse der Gemeindebeamten in Preußen, 1. Teil, (Verw. Arch. Band 8, S. 280 ff. 1900).
12. **Eckstein:** Der Beamtenbegriff im privaten und im öffentlichen Recht. (A. Ö. R. Bd. 27, Seite 487 ff.)
13. **Eckstein:** Schlafende Richter, Geschworene, Schöffen, (Gerichtssaal, Band 83, S. 127 ff.)
14. **Enneccerus-Kipp-Wolff:** Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, Bde. I,1, II,3 1923—25.

15. **Feisenberger:** Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz 1926.
16. **Fischbach:** Allgemeines Staatsrecht, 1. Teil, 1923, Sammlung Göschen Nr. 415.
17. **Fleiner:** Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928.
18. **Frank:** Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 17. Aufl. 1926.
19. **Friedländer:** Die Lehre von der absoluten Nichtigkeit strafgerichtlicher Urteile, Gerichtssaal, Bd. 58, 1901.
20. **von Gerber:** Grundzüge des Deutschen Staatsrechts, 3. Aufl., 1880.
21. **Görres:** Das Reichsbeamtengesetz, (Beamtenunfallfürsorgegesetz und Beamtenhinterbliebenengesetz) 1.—16. Aufl. 1908.
22. **Güthe-Triebel:** Güthes Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, bearbeitet von F. Triebel, 1923.
23. **Hatschek:** Deutsches und Preußisches Staatsrecht, 2 Bände, 1923.
24. **Hatschek:** Lehrbuch des Deutschen und Preußischen Verwaltungsrechts, 3.—4. Aufl. 1924, 5. Aufl. 1927.
25. **Helfritz:** Allgemeines Staatsrecht als Einführung in das öffentliche Recht, 1924, 1928.
26. **Helfritz:** Grundriß des Preußischen Kommunalrechts, 1922, 1927.
27. **Helfritz:** Vertretung der Städte und Landgemeinden nach außen in dem Gemeinderecht der östlichen Provinzen Preußens, 1916.
28. **Hellwig:** Schlafende und geisteskranke Richter, (Mon. Schr. f. Krim. Psychol. und Strafr. Reform, Jahrg. 11, S. 529 ff.)
29. **Hellwig:** Die Psychologie der richterlichen Urteilsfindung (Gerichtssaal, Bd. 82, S. 403 ff.).
30. **von Hippel,** Ernst: Untersuchung zum Problem des fehlerhaften Staatsaktes, 1924.
31. **Hubrich:** Zur Rechtslage der preußischen Universitäten, (A. Ö. R. Bd. 39, S. 150 ff.).
32. **Jellinek,** Georg: System der subjektiv-öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905.
33. **Jellinek,** Georg: Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914.
34. **Jellinek,** Walter: Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wir-

kung, (eine verwaltungs- und prozeßrechtliche Studie), 1908.
35. **Josef:** Der fehlerhafte Staatsakt in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, (A. Ö. R. Bd. 34).
36. **Josef:** Die freiwillige Gerichtsbarkeit, (Bozi: Einführung in das lebende Recht, Heft 5—7). 1913.
37. **Josef:** Der Einfluß des Bürgerlichen Rechts auf Verfahrenshandlungen und Entscheidungen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, (Z.Z.Pr. Bd. 42, S. 21.).
38. **Josef:** Die Form der Beurkundung der vor dem Grundbuchamt zu Protokoll gegebenen Erklärungen und die Folgen ihrer Verletzungen, (Ziv. Arch. Bd. 95, Seite 149 ff.).
39. **Kelsen:** Ueber Staatsunrecht (zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt), (Grünhut's Zeitschrift, Bd. 40, S. 1 ff.).
40. **Keydel:** Handbuch des Bürgerlichen Gesetzbuches auf Grund von J. v. Staudinger's Kommentar, 2. Aufl. 1920.
41. **Kohler:** Der Prozeß als Rechtsverhältnis, 1888.
42. **Kormann:** System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, 1910.
43. **Kriegsmann:** Die Nichtigkeit des Strafurteils (in Festgabe der Kieler Juristenfakultät für Albert Hänel, 1907).
44. **von Kries:** Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, 1892.
45. **Kroschel:** Die sogenannte absolute Nichtigkeit der Strafurteile. (Gerichtssaal, Bd. 69.).
46. **Krug:** Zur Frage der absoluten Nichtigkeit strafrechtlicher Entscheidungen, (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 2).
47. **Löffler:** Die unheilbare Nichtigkeit von Strafurteilen im österr. Strafprozeßrecht, (Grünhut's Zeitschr. Bd. 31), 1904.
48. **Löwe-Rosenberg:** Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich vom 22. März 1924 nebst dem Gerichtsverfassungsgesetz, 17. Aufl. 1927.
49. **Mayer,** Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Bände, München 1917/1927. (Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft, herausgeg. von Dr. K. Binding, 6. Abt.)

50. **Michel:** Ueber die absolute Nichtigkeit von Zivil- und Strafurteilen im geltenden Reichsprozeßrecht, Leipziger Dissertation 1906.
51. **Mittermayer:** Zur Frage der Schwurgerichte, (Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, 2. Jahrg. 1905—06, S. 1ff.).
52. **Müller:** Die Preußische Justizverwaltung, (Eine systematische Darstellung der die administrativen Geschäfte der Justiz betreffenden Vorschriften, 5. Aufl. 1901.).
53. **Neuwiem:** Die kommunalen Zweckverbände in Preußen, 1919.
54. **Oertmann:** Grundriß des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1924.
55. **Oetker:** Konkursrechtliche Grundbegriffe, Bd. 1, 1891.
56. **Oetker:** Das Verfahren vor den Schwur- und Schöffengerichten, (Handbuch des Strafprozesses von Julius Glaser, 3. Band, 1907.).
57. **Oetker:** Die Rechtsgrundlagen der Schöffen- und Schwurgerichte, (Goltdammers Arch. 49. Jahrg., S. 93ff.).
58. **Pagenstecher:** Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft. 1904.
59. **Planck:** Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 1, 1887. (Lehrbücher des Deutschen Rechts, herausgegeben von Seydel.)
60. **Predari:** Die Grundbuchordnung vom 24. März 1897, 2. Aufl., 1913.
61. **Preuß:** Das städtische Amtsrecht in Preußen, 1902.
62. **Schlegelberger:** Die Gesetze über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 2. Aufl. 1914, 3. Aufl. 1927.
63. **Schmidt,** Richard: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Aufl. 1906.
64. **Schwalbach:** Wiederaufnahme des Verfahrens und Urteilsnichtigkeit nach der Reichszivilprozeßordnung, (Ziv. Arch. Bd. 63, N. F. 13, S. 122ff.).
65. **Schwalbach:** Ueber die Rechtshängigkeit und formelle Rechtskraft. (Ziv. Arch. Bd. 64, N. F. 14, S. 250ff.)
66. **Stein-Jonas:** Die Zivilprozeßordnung des Deutschen Reiches, 12. Aufl. 1925.
67. **Stein-Junker:** Grundriß des Deutschen Zivilprozeßrechts und Konkursrechts, 2. Aufl. 1924.

68. **Stier-Somlo:** Preuß. Staatsrecht, Teil 2, 1906. (Sammlung Göschen Nr. 299.)
69. **Stier-Somlo-Elster:** Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, 1926.
70. **Sydow-Busch-Krantz:** Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 19. Aufl. 1926.
71. **Tezner:** Die Privatrechtstitel im öffentlichen Recht. (A. Ö. R. Bd. 9, Seite 325 ff.)
72. **Unger:** Rechtsmittel im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Reichsrecht, Z. Z. Pr. Bd. 42, Seite 104 ff.
73. **Vogels:** Willensmängel bei der Beamtenanstellung, (Verw. Arch. Bd. 27, S. 247 ff.)
74. **Wach:** Handbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 1, 1885. (Handbücher der Deutschen Rechtswissenschaft, Bd. IX,2.).

---

## Sammelwerke, Zeitschriften und deren Abkürzungen.

1. Archiv des öffentlichen Rechts, herausgegeben von Laband, Otto Mayer und Piloty = A. Ö. R.
2. Archiv für die zivilistische Praxis = Arch. Ziv.
3. Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, begründet durch Dr. Goltdammer, herausgegeben von Kohler = Goltdammers Archiv.
4. Verwaltungsarchiv, herausgegeben von Schultzenstein und Keil (Zeitschrift für das Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit) = Verw. Arch.
5. Preußisches Verwaltungsblatt, herausgegeben von Binseel = P. V. Bl.
6. Der Gerichtssaal, herausgegeben von Stenglein, weitergeführt von Oetker, Finger = Gerichtssaal.
7. Zeitschrift für das private und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von Grünhut, = Grünhut's Zeitschr.
8. Zeitschrift für den Deutschen Zivilprozeß, begründet von Busch, jetzt herausgegeben von Staff, Jaeger, Kann und Vierhaus = Z. Z. Pr.
9. Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat, sowie Zwangsversteigerung, herausgegeben von Lobe = ZBlFG.
10. Juristische Wochenschrift, herausgegeben von Neumann, jetzt von Magnus Dittenberger, Fuchs und Hachenburg = Jur. W.
11. Deutsche Juristenzeitung, herausgegeben von Liebmann = D. J. Z.
12. Das Recht, herausgegeben von Soergel = Recht.
13. Sammlung der Entscheidung des Reichsgerichts
    a) in Zivilsachen = R. G. Z.
    b) in Strafsachen = R. G. Str.
14. Sammlung für Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts = O. V. G.
15. Rechtssprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann = O. L. G.

## Gesetzesabkürzungen.

1. Reichsverfassung = R. V.
2. Preuß. Verfassung = P. V.
3. Reichsbeamtengesetz = R. B. G.
4. Bürgerliches Gesetzbuch = B. G. B.
5. Grundbuchordnung = G. B. O.
6. Gesetz über die Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit = F. G. G.
7. Zivilprozeßordnung = Z. P. O.
8. Strafprozeßordnung = St. P. O.

## 1. Die Stellungnahme der Gesetze zur Gültigkeit der Amtshandlungen eines geisteskranken Beamten.

Die Frage der Gültigkeit oder Nichtigkeit von Amtshandlungen eines geisteskranken Richters ist weder von der Wissenschaft noch von den im Einzelfalle mit einer Entscheidung hierüber befaßten Organen einheitlich gelöst worden.

Der Grund der verschiedenartigen, im Rahmen dieser Abhandlung näher darzustellenden Auffassungen ist vor allem darin zu suchen, daß die Gesetze, soweit sie sich mit dieser Frage befassen, hierüber unmittelbar keine eindeutige Auskunft geben, sondern nur feststellen, daß ein geisteskranker Richter in den Ruhestand zu versetzen ist;[1] weitere Bestimmungen fehlen. Zwar liegt im Sinn dieser Gesetze,[2] daß der Staat nur körperlich und geistig gesunde Personen zu Beamten ernennen wird; wird doch auch vor der Anstellung als Richter ein ärztliches Gesundheitszeugnis vom Justizminister gefordert.[3] Diese Verfügung ist als Verwaltungsakt des Dienstvorgesetzten aber keine Rechtssetzung[4] und hat daher für die gesetzlichen Voraussetzungen der Anstellung als Richter und der davon abhängigen Amtsausübung keine weitere Bedeutung. Wird diese Verfügung nicht befolgt, so ist die trotzdem einmal vorgenommene Anstellung deswegen nicht unwirksam.

Eine Vermutung aus der trotz fehlender Voraussetzung gültigen Anstellung dafür, daß dieser Mangel für die Amtshandlungen eines Beamten unerheblich sei, gewährt der nach Art. 89 Pr.AG.B.G.B. noch heute geltende § 810 A.L.R. II 18: „Wird jemandem vor erlangter Volljährigkeit ein Amt übertragen, so hat der Mangel des Alters auf die Verbindlichkeit und Rechtskraft seiner Amtshandlungen keinen Ein-

1) P. V. Art. 77 II, 79 I, 80. R.V. Art. 129 II. § 56 des Pr.Ges. vom 7. 5, 1851 i. d. Fass. v. 26. III. 1856 Ges.Samml. S. 201. § 70 Tit. 10 Teil II A.L,R, § 74 Tit, 17 Teil II A.L.R.

2.—3.) Vgl. Jahrb. f. d. Pr.Ges.Geb. usw. v. Karl Albert v. Kamptz, Bd, 31, Müller: Bd. I Nr. 40 D. S. 57; ferner Allg. Verf. v. 20. II. 22 J.M.Bl. S, 53 Nr, 57; Allg. Verf. v. 11. 10. 21 über die Bewerbung um Amtsgerichtsratsstellen J.M.Bl. Nr. 342 S. 527.

4) Hatschek: Deutsch- und Pr.Verw.Recht § 37 IV, S. 305.

fluß.“ Dem Mangel des Alters hat das Reichsgericht in Strafsachen mangelnde Handlungsfähigkeit überhaupt gleichgesetzt.[5] Die Theorie und die reichsgerichtliche Praxis in Zivilsachen dagegen lassen Handlungen eines privatrechtlich geschäftsunfähigen Beamten als rechtswirksame Handlungen nicht gelten (s. u.). Die Meinungsverschiedenheit zwischen Theorie und Praxis beruht vornehmlich in der Auffassung über die rechtliche Natur der Amtshandlung eines Beamten, also auch eines Richters.

## 2. Die Amtshandlungen des geisteskranken Richters in ihrer Würdigung als Staatsakte.

I

Bei Prüfung dieser Frage wird als selbstverständlich vorausgeschickt, daß der geisteskranke Beamte s. Zt. rechtsgültig vom Staatsministerium zum Beamten ernannt worden ist. Alle Handlungen, die er bisher im Rahmen seines Amtes vorgenommen hat, sind nunmehr Handlungen eines Beamten und mit der ihnen von der Rechtsordnung zugeteilten Wirkung ausgestattet. Es fragt sich nur, ob für ihre Wirksamkeit allein genügt, daß sie „in Ausübung des Amtes“ vorgenommen wurden, oder daß noch ein zweiter Umstand für ihre rechtliche Bindung hinzukommen muß, nämlich der die Handlungen auslösende Wille des Beamten. Es ist zu untersuchen, ob Handlungen eines geisteskranken Beamten wirksam sind, weil sie besonders geartete, nur als Ausfluß einer nicht jeder Person zustehenden Eigenschaft, der Beamteneigenschaft, denkbare Handlungen sind.[1] Sie entspringen der Dienstpflicht, die sofort mit der Übertragung des Amtes, also allein durch den Anstellungsakt, entsteht. Diese Dienstpflicht ist „derart wesentliche Voraussetzung“ für die Betätigung im Amte, „daß niemand ein Amt haben kann v o r Begründung der entsprechenden Dienstpflicht, und andererseits jedenfalls das Amt aufhört, dem bisherigen Träger zuzustehen, sobald die Dienstpflicht beendet ist.“ Hieraus muß aber gefolgert werden, daß, solange die Dienstpflicht besteht, der Dienstverpflichtete als Beamter rechts-

5) Vgl. Drucker in Jur.W. Bd. 55 (1925 S. 709).
1) Mayer, Verw.Recht II, § 43 S. 269.

wirksam handelt, unbeschadet der Tatsache, daß er infolge irgend eines körperlichen Gebrechens auf anderen Rechtsgebieten rechtswirksam nicht mehr handeln kann. Daß aber die Dienstpflicht bei Vorliegen eines Gebrechens von selbst aufhört, ist indessen ein Schluß, der nicht gezogen werden kann, ohne die bisher unerschütterte Lehre über den Beamtenbegriff auf den Kopf zu stellen. Es darf wohl zur Zeit als herrschende Ansicht gelten, daß die Begründung und ebenso die Aufhebung des Beamtenverhältnisses allein durch Akte der zuständigen Staatsgewalt erfolgen; Staatsakte können aber von selbst nicht unwirksam werden, da sie durch ihre Allgemeingültigkeit zu tief in das öffentliche Leben eingreifen. „Bei der überragenden Bedeutung, die dem obrigkeitlichen Ausspruche im Leben zukommt, der einen Tatbestand mit autoritativer Geltung ordnet, muß es als eine der vornehmsten Forderungen im Rechtsstaate angesehen werden, daß diese Ordnung auch Bestand habe, und daß der Einzelne, der ihr unterliegt, mit ihrer Geltung rechnen könne." (v. Hippel a. a. O.).

Die Dienstpflicht des Beamten ist aber durch den Staatsakt der Amtsübertragung, also durch allgemeingültigen Ausspruch der Staatsgewalt, begründet worden; sie kann daher eben wieder nur durch neuen Staatsakt aufgehoben werden; andere Auflösungsgründe werden damit verneint. Irgendwelche Umstände in der Person des Amtsträgers können also dergleichen nicht bewirken.

Es erhellt weiter, daß die Willensentschließung des Beamten nur für das Zustandekommen von Amtshandlungen erheblich ist, nicht aber — wie noch näher auszuführen ist — für deren rechtliche Verbindlichkeit, denn die Dienstpflicht kann ja garnicht zum Ausdruck kommen, erfüllt werden, wenn nicht der Beamte irgendwie tätig wird. Diese Erfüllung besteht aber in der Vornahme von Handlungen mit autoritativer Geltung. Wenn nun die Dienstpflicht nur durch Staatsakt aufgehoben werden kann, so muß aus denselben hierfür angeführten Gründen dies auch für die Rechtswirksamkeit der von den Beamten vorgenommenen Handlungen gelten.

Dieses aus dem Wesen der Dienstpflicht rein logisch entwickelte Ergebnis bedarf aber einer weiteren Bestätigung und zwar auf Grund einer Untersuchung des Beamtenbe-

griffes überhaupt. Diese Untersuchung darf nicht übergangen werden, wenn man an dem Satze festhält, daß Handlungen eines Beamten besonders geartete Handlungen sind. Bis jetzt war die Rede davon, daß sie einem Staatshoheitsakt, der Dienstpflichtbegründung, entspringen. Diese Feststellung erschöpft aber keineswegs die Besonderheit der Natur dieser Amtshandlung. Es ist auch noch nichts darüber gesagt, warum die Dienstpflicht auf einem Staatshoheitsakt beruht; die Bemerkung und die bereits oben gegebene Antwort, daß das Beamtenverhältnis und damit folgerichtig auch die Dienstpflicht nach herrschender Ansicht auf Staatshoheitsakt beruht, bedarf eines besonderen Beweises.

Diese Frage zu lösen ist aber nur möglich durch eine kurze Erklärung über das Wesen des Beamtenbegriffes, wobei auch sofort die andere Frage gelöst werden wird, warum Willensentschließungen des Beamten für die Rechtsverbindlichkeit seiner Amtshandlungen unerheblich sind. Das Hauptmerkmal des Beamtenverhältnisses ist „in dem öffentlich-rechtlichen Gewalt- und Schutzverhältnis des Staates zu dem Beamten zu finden. Der Staat hat die Pflicht, dem Beamten einen besonders gearteten Schutz zu gewähren, der ihm auf den verschiedensten Rechtsgebieten (insbesondere im Strafrecht) gewährleistet ist. Der Beamte überkommt demgegenüber besondere Treue-, Gehorsams- und Dienstpflichten gegen den Staat." Das Beamtenverhältnis bildet hiernach ein staatsrechtliches Gewaltverhältnis zwischen dem Staat und den Beamten. (Brand § 4, 2).

Mit dem Erwerb des Amtes erlangt der Beamte die Fähigkeit, alle durchaus entspringenden Geschäfte wahrzunehmen (arg. e. § 3 R.B.G., §§ 2 ff. G.V.G. für Richter, § 70 A.L.R. II. 10; besonders aber arg. e. § 810 A.L.R. II,18).

## II. a)

Bei der Anstellung im Staatsdienst wird das Amt dem Anwärter vom Staate übertragen, ihm wird ein bestimmter Tätigkeitskreis zugewiesen, der einen Ausschnitt aus der allgemeinen Staatstätigkeit darstellt. Nun ist der Staat Rechtspersönlichkeit, juristische Person.[2] Er kann daher

2) Fischbach: Allg. Staatsr. I, 1 § 1, I S. 9. Hatschek, Deutsches und Pr.Staatsrecht I, § 1, II, S. 6—7. Jellinek, Georg, Allg. Staatslehre, S. 54. Neuwiem: a.a.O., § 13 pr. S. 150.

einen „rechtlich bedeutsamen Willen nur mit Hilfe von Menschen, d. h. physischen Willensträgern leisten." Das Volk, seine „Vertreter", das Ministerium, die Beamten sind die einzelnen Organe, durch die der Staat seinen Willen erklärt. Sie sind aber nicht Vertreter des Staates im Sinne des bürgerlichen Rechts,[3] bei denen nur der Vertreter handelt, dessen Handlungen lediglich auf den Vertretenen zurückwirken; vielmehr handelt der Staat durch sie selbst, weil er seinem Wesen nach als juristische Person auch durch sie handeln muß. Sie sind somit „notwendigerweise Glieder des von ihnen „vertretenen" Staates". Staat und „Organpersönlichkeit" bilden folglich eine Einheit; der Staat kann nur durch seine Organe, die Beamten u.s.w. zu der Außenwelt in Erscheinung treten. Die Organe sind somit bei der Ausübung ihrer Funktionen der Staat selbst. Im Gegensatz zum privatrechtlich Vertretenen bleibt bei Fehlen der Organe von der Erkennbarkeit des Staates nichts übrig. Er ist nicht mehr vorhanden, da er von sich aus nach außen etwas Körperliches nicht darstellen kann.[4]

Jedes Staatsorgan, das nach außen staatliche Handlungen vornimmt, wird also stets die Vermutung seiner Zuständigkeit haben; stellt es doch „innerhalb des ihm zugewiesenen Wirkungskreises den Staat unmittelbar dar, einerlei, ob es in diesen Willensentschließungen an die Weisung eines übergeordneten Organes gebunden ist oder nicht".[5] Staats- und Organwille müssen daher ein und dasselbe bedeuten. Nicht auf das Organ als handelnde Persönlichkeit, sondern auf den Staat bezieht sich demnach alles organschaftliche Handeln. Das Organ ist daher nur das Werkzeug und „Medium",[6] die Tätigkeit des Staates für jedermann erkennbar zu machen. Durch sein Handeln kommen „die Rechte der Verbandspersonen zum Ausdruck". Sobald man sich aber die Organe hinwegdenkt, bleibt auch von der Vorstellung des Staates nichts mehr übrig. Die „Einheit" Organ und Staat steht aber in vollem Gegensatz zu jeder Art Stellvertretung, die, wie schon der Name sagt, notwendigerweise „einen Vertreter u n d einen Vertretenen erfordert".

3) Helfritz: Allgem. Staatslehre S. 21 ff. Helfritz: Vertretung d. Städte S. 35. Fischbach: a.a.O. S. 11. Jellinek, Georg, System d. subjekt. öff. Rechte, S. 224.

4) Jellinek, Georg, Allgem. Staatslehre S. 560. Eckstein, Beamtenbegriff A.ö.R. Band 37, S. 498. Fischbach, a.a.O. S. 12. Helfritz, Allgem. Staatslehre S. 23. Neuwiem, a. a. O. § 13 pr. S. 150, § 13 V, S. 196. Rg Str. Band 2 S. 192, Band 26, S. 579.

5) Helfritz, Vertretung der Städte, S. 35, v. Gerber, a.a.O., § 35, S. 112.

6) Helfritz, Allgemeine Staatslehre S. 24.

Damit wird verneint, daß das Organ eine Persönlichkeit „kraft eigenen Rechtes" sei.[7] Diese Folgerung fußt auf der bloßen Tatsache, daß die Einzelperson als Organ nicht tätig werden kann, bevor sie nicht vom Staat mit der Fähigkeit zum organschaftlichen Handeln ausgestattet ist. Daß sie aber diese Fähigkeit nicht kraft eigenen Rechtes erwirbt, folgt nur aus ihrer Stellung zum Staate, in dessen freies Belieben es gestellt ist, jemanden zu seinem Organ zu ernennen. Denn durch die „Ernennung, von der ausgegangen sein muß, wird lediglich eine leere Stelle im Organismus des Staates ausgefüllt." Die Ernennung enthält keine Übertragung eines dem ernennenden Organ zuständigen Stückes Staatsgewalt auf den Beamten. Die Staatsgewalt, die in die Hände des Beamten gelangt, hängt d a u e r n d am Amt und wird nicht von Fall zu Fall verliehen."[8] Der U n p e r s ö n l i c h k e i t des Organs steht in Beziehung auf sein organschaftliches Handeln daher nicht im Wege, daß es innerhalb des vom Gesetz umschriebenen Amtsbereiches ein selbständiges Eigenleben führt, d. h. durch eigenen Willensentschluß Amtshandlungen vornimmt und somit den Staatswillen bildet; denn die Willensbildung des Organs ist ja erforderlich, um überhaupt staatliche Handlungen auszulösen, nur ist sie „in bestimmte juristische Formen gebannt; sonst würde Willkür herrschen, die zur Leitung des Staates berufenen Menschen könnten „jegliche ihrer L a u n e n als s t a a t l i c h e n Willen ausgeben." Die so notwendigen Formen, welche dem physischen Willen jener Leiter des Staates von der Rechtsordnung aufgenötigt werden, nennt man „staatliche Organschaften" (Volk- und Volksvertretung). (Vgl. Hatschek: D. u. Pr. Staatsrecht I, a. a. O. S. 6.)

Die Willensentschließungen erlangen damit als eigene, nur auf die Person des Organs zurückwirkende keinerlei, als Tätigkeit des Staates aber umfassende Bedeutung; denn das Organ hat kein eigenes Recht an ihrer Verwirklichung, vielmehr ist die Rechtswirksamkeit vom, Staat bereits durch Gesetze festgelegt.[9]

---

7) Jellinek, Georg, Allgemeine Staatslehre S. 560, Jellinek, Georg, System, S. 224, Hatschek, Staatsrecht I, 1 § 1 II S. 6 ff. Hatschek, Deutsches und Pr. Verw.Recht § 11 I, 2. Fleiner, Institutionen, § 6, S. 92 f.

8) Fleiner, a.a.O., § 6, S. 93.

9) Planck, a.a.O. I, § 29, 1 a, S. 114. v. Gerber, a.a.O. § 35, S. 35.

## II. b)

Der Willensentschluß muß *innerhalb des dem Organ zugeteilten Wirkungskreises erfolgen.*[1]

Der moderne Rechtsstaat, der seine sämtlichen Anordnungen „auf die Höhe des richterlichen Urteils oder des Rechtsgeschäfts der Verwaltung, also zur Würde der zweiseitig bindenden Norm (sowohl gegenüber dem Staatsbürger, als auch gegenüber der Behörde) erheben will, braucht eine gesetzliche Zuständigkeitsordnung nach dem Vorbild der Organisation der Gerichte". So wird die Fähigkeit, als Organ tätig zu sein, an die Grenze des Amtsbereiches gebunden, und das „Organ" hat nur noch fest bestimmte Funktionen auszuüben. Alle Tätigkeit, die außerhalb der Zuständigkeit oder über ihre Grenze hinaus von der zum Organ bestellten Einzelpersönlichkeit entfaltet wird, ist nicht mehr Handlung des Organs, da es andere oder überhaupt keine staatlichen Funktionen vornimmt, und die Fähigkeit hierzu durch Zuständigkeit begrenzt ist. Würde z. B. ein Richter als Schöffenrichter in einer Zivilsache erkennen oder als Arbeitsrichter in die ordentliche Gerichtsbarkeit übergreifen, so wären die von ihm getroffenen Entscheidungen wirkungslos, weil sie wegen Überschreitung der sachlichen Zuständigkeit durch den erkennenden Richter einer der für ihre Rechtswirksamkeit notwendigen formellen Voraussetzung entbehren.[2]

Solche Entscheidungen entbehren zugleich der materiellen Rechtskraft, d. h. sie können weder die Rechtsbeziehungen zwischen den streitigen Parteien gestalten, noch ist irgendjemand an die in diesen Entscheidungen getroffenen rechtlichen Feststellungen irgendwie gebunden.[2]

Für die Erheblichkeit der Willensentschließung und Handlungsfähigkeit in Bezug auf die Gültigkeit der Amtshandlungen des geisteskranken Richters bleibt hiernach noch folgendes zu berücksichtigen: Was bisher an Rechtsnormen bekannt ist, welche in einzelnen Fällen die Handlungsfähigkeit eines Menschen ausschließen, bezieht sich nur auf dessen Individualssphäre, nur auf ein Gebiet, wo er für sich und für sein Recht handelnd auftritt, wo nur in seiner Person

---

1) Hatschek, Deutsches und Pr.Verw.Recht § 11 ff. § 12 II. Jellinek, Georg, System S. 227. Jellinek, Walter, Fehlerhafter Staatsakt, S. 30 ff., S. 31.

2) Vgl. hierzu Baumbach: Übersicht vor § 300 ZPO., Anm. 3 A—D. § 322 ZPO., Anm. 2.

allein Rechtswirkungen erzeugt werden, unbeschadet davon, daß diese Rechtswirkungen auch Rechte Dritter berühren (Stellvertreter). Er tritt in jedem Falle selbständig handelnd auf; was in seinem Entschlusse reift, soll auch nach seinem eigenen Willen rechtliche Wirkungen auslösen.

Anders und unabhängig davon sind die Handlungen des „Organs" zu würdigen. Wohl werden sie durch selbständigen Willensentschluß des Organs erzeugt; aber ihre rechtliche Wirksamkeit hängt nicht vom Willen des Organs ab, sondern vielmehr davon, daß sie in Ausübung einer bestimmten Funktion erfolgt sind, die jedoch von der Einzelperson als Organ nicht beeinflußt werden kann. Als Werkzeug des Staates, als sein „Medium", kann es dessen Aufgaben durch seinen Willensentschluß nicht beeinflussen. Nimmt das Organ daher eine Handlung vor, so ist es (anders als bei der Stellvertretung) nicht in sein Belieben gestellt, ob es die Handlung als Organhandlung gelten lassen will oder nicht. Es kann innerhalb seiner Zuständigkeit keine anders geartete Handlungen vornehmen als diejenigen, welche der Staat vollzogen wissen will. Ist doch das Organ der selbsthandelnde Staat. So „handelt der Beamte nicht für den Staat, sondern durch den Beamten fungiert der Staat selbst. Was die Tätigkeit des Beamten zur eigentlichen Beamtentätigkeit macht, ist gerade das autoritative Moment, die Tätigkeit des Regierens, Verwaltens im weitesten Sinne, die Tätigkeit des Ordnens, Anordnens." (Eckstein a. a. S. A. Ö. R. Bd. 27, S. 497, 499.) Daß aber die Rechtsprechung, die richterliche Tätigkeit überhaupt Gegenstand staatlicher Funktionen ist, wird von niemandem bestritten. (Eckstein a. a. O. A. Ö. R. Bd. 27; S. 497—499, S. 529 und Seite 516.)

Den Willensentschließungen Geisteskranker, sofern sie geschäftsunfähig sind, hat die Rechtsordnung jede Wirksamkeit mit Rücksicht auf ihre Individualsphäre[3] versagt. Die Tatsache der Willensentschließung kann und will sie aber nicht aus der Welt schaffen; denn sie hat nur die Tatsachen selbst zu ordnen (Rechtsordnung). Hat z. B. ein im strafrechtlichen Sinne Handlungsunfähiger eine strafbare Handlung begangen und durch dieses Verbrechen ein Rechtsgut verletzt, so bleibt die Tatsache des Delikts bestehen, wenn

3) Jellinek, Walter, Fehlerhafter Staatsakt S. 59—60.

auch die Rechtsordnung (§ 51 R. St. G. B.) die Handlung als strafbare nicht ansieht.[4] Handeln, Tatsachen oder Entschlüsse setzen kann jedes lebende Wesen; nur sind die Handlungen Geschäftsunfähiger privat- und strafrechtlich bedeutungslos, weil diese Rechtsgebiete in seiner Individualsphäre aufgehen. Daraus folgt aber nicht, daß ein in dieser Beziehung Handlungsunfähiger durchaus nicht in anderer Beziehung rechtswirksam handeln könne, wenn hierbei nur seine eigene Rechtssphäre unberührt bleibt;[5] die Handlung als Organ, welche die Individualssphäre des Einzelnen nicht umfaßt, ist nun ein solcher Fall. Ist hierbei nirgends die Rechtswirksamkeit ausgeschlossen, so sind die Handlungen des Organs auch in jeder Weise gültig.

Das Handeln des Organs ist das Handeln der Verbandspersönlichkeit selbst. Seine Entschließungen müssen daher Entschließungen des Staates sein, sobald durch sie das Organ Rechtsverhältnisse zwischen Staat und Untertan begründen will. Es ergibt sich daher, daß in diesem Sinne alle Entschließungen, auch die eines Geisteskranken, soweit sie sich innerhalb der Organfunktion bewegen, Handlungen des Staates erzeugen. Nun gibt es keinen Rechtssatz, der solchen Handlungen jede Wirksamkeit nimmt. Sobald aber Staatshandlungen vorliegen, kann es einen derartigen Rechtssatz auch garnicht geben, da niemand die Handlungsunfähigkeit des Staates aussprechen kann: Hat doch der Staat keine hierzu befugte, höhere Gewalt über sich; denn der Staat ist die „mit oberster Herrschermacht ausgestattete Gebietskörperschaft“; gerade der autoritative Charakter gibt dem Staat das Hauptgepräge.[6]

Aus dem Wesen des Staates, seine Entschließungen nur durch physische Personen der Außenwelt vermitteln zu können, folgt, daß „mit den entschuldbaren und nicht zu vermeidenden Gebrechen der menschlichen Natur gerechnet werden muß“.[7] So sind alle Entschließungen, also auch die eines geisteskranken Organes, „nach außen — d. h. im Verhältnis

4) Frank, a.a.O. zu § 51 unter II, 1, der allerdings als Handlungen nur „bewußte Akte“ anerkennt.

5) Begründung des Entwurfs von 1925 zum R.Str.G.B. §§ 16/19: „Damit ist nicht gesagt, daß gegen ihn überhaupt keine Maßregeln wegen der Tat ergriffen werden können“, S. 17.

6) Fischbach, a.a.O. S. 22, Hatschek, Deutsches u. Pr. Staatsr. I § 1 I S. 4. Helfritz, Allgem. Staatsl. S. 24 u. 27. Stier-Somlo, Pr. Staatsrecht I § 1; § 4, Eckstein, a.a.O. S. 497/99, S 529.

7) Georg Jellinek, System S 243, Allgem. Staatsl. S. 540, 559.

zwischen Staat und Untertan — für den Staat voll gültig, auch wenn sie nicht der bei einem anderen Organ liegenden Willensentschließung entsprechen".[8]

Durch seine Ernennung ist der Richter Staatsorgan geworden. Sind seine Handlungen noch so sehr von der Geisteskrankheit beeinflußt, so bleiben sie als Handlungen des Staates voll wirksam.[9] Sie können daher nicht von selbst nichtig sein. Möglich ist aber, und dies ist nichts anderes als ein Ausfluß der hoheitlichen Staatsgewalt, der Selbstorganisation des Staates, daß er durch ein anderes Organ, welches dazu besonders geeignet ist, die Wirksamkeit dieser Handlung beseitigt oder durch andere ersetzt. Bewirkt aber der Staat dergleichen nicht, so muß man annehmen: „Solange die Staatsbehörde keinen Anlaß nahm, im öffentlichen Interesse die Dienstunfähigkeit des Beamten festzustellen und ihm die Amtstätigkeit zu untersagen, solange ist jener in der Lage, rechtswirksame Handlungen vorzunehmen."[10] In diesem Sinne sind die Handlungen des geisteskranken Richters zu werten und nicht nach Merkmalen zu beurteilen, die allein und ausschließlich in seiner Person liegen.

## 3. Die Amtshandlungen des geisteskranken Richters im einzelnen.

### I. a)

Die Frage über die unbeschränkte Rechtswirksamkeit der Urteile eines geisteskranken Richters ist sehr bestritten. Nach dem Wesen des Urteils als Niederschlag der Justizhoheit[1] des Staates wird aber eine unbeschränkte Rechtswirksamkeit anzunehmen sein, denn auch der geisteskranke Richter ist in seiner Eigenschaft als Beamter Staatsorgan und daher trotz seiner Krankheit fähig, rechtswirksam zu handeln, sofern der Staat die Wirksamkeit seiner Handlungen nicht von selbst ausschließt.

---

8) Helfritz, wie zu Nr. 6.
9) Planck, I § 29, S. 114, Vogels, a.a.O., S. 259.
10) Josef, Der fehlerhafte Staatsakt in der freiw. Gerichtsbarkeit S. 355—58, Josef, „Recht" 1913, S. 731 ff.
1) Bülow a.a.O. S. 27, Kohler a.a.O. § 12 S. 53, Michel a.a.O. S. 61, Oertmann a.a.O. § 5, 1 S. 9, Schmidt a.a.O. § 121 I S. 745, Schwalbach, Rechtshängigkeit S. 289, Stein Jonas, a.a.O Anm. II, 4, S. 848 ff. Teil I der Z.P.O. zu § 322, Stein-Junker, a.a.O. § 4 II S. 13; § 25 I S. 74; § 97 I, 2 S. 291, Vogels a.a.O. S. 259.

I. b)

Dagegen wird behauptet, daß ein geisteskranker Richter deshalb nicht rechtswirksam handeln könne, weil seinen Amtshandlungen ein gesetzliches Erfordernis fehle, dessen Vorhandensein erst ein Urteil im Rechtssinne ermögliche.[2] Hierzu gehöre vor allem nicht nur die Berufung jemandes zum Richter, sondern auch die geistige Befähigung zur Ausübung des Richteramtes. Der Mangel eines dieser Erfordernisse „stempelt das angebliche Gericht zu einem Nichtgericht", denn mangelnde geistige Fähigkeit entspräche „nicht dem gesetzlichen Begriffe der Richter. Ein solcher Richter habe keine Vollmacht mehr, sein Amt auszuüben. „Man denke nur daran, daß der Irrsinnige auf Grund von Wahnvorstellungen Tatbestände für erwiesen erachtet, das Urteil aber technisch korrekt ausfertigt; wenn die etwa eingeschüchterten Parteien auf Rechtsmittel verzichten, sollen diese Irrsinnsakte vollstreckbare Urteile sein?"[3] Außerdem sei der Wille eines geisteskranken Richters nicht frei, denn die Geisteskrankheit sei ein „ernsthaftes Hindernis für das Zustandekommen einer gültigen Entscheidung."[4] Die Willensbildung eines Menschen kann nicht anders als bewußt geschehen; ein Geisteskranker handle aber wie ein Bewußtloser. Das Urteil sei daher absolut nichtig und habe „keinen Anspruch auf Beachtung;" es müsse jederzeit aufgehoben werden können.[5]

Die Urteilsnichtigkeit bei Mitwirkung eines geisteskranken Richters bei einer Entscheidung wird folgendermaßen begründet: (vgl. auch Kriegsmann S. 454):

α)

1. Von Beling (a. a. O. S. 366—67) durch mangelnde essentialia negotii, denn den Prozeßhandlungen käme rechtsgeschäftlicher Charakter zu; sie könnten nur von Geschäftsfähigen vorgenommen werden. Alle Rechtssätze, die bestimmten Personenklassen die Prozeßverkehrsfähigkeit (ganz oder nach bestimmten Richtungen hin) absprechen, haben den Sinn, daß der Prozeß von der Rücksichtnahme auf das

2) Bennecke-Beling, a.a.O. S. 284, Binding a.a.O. § 119 III S. 239, Friedländer a.a.O. § 4. Oetker, konkursrechtl. Grundbegr. S. 48 Anm. 1, Oetker, im Deutschen Wochenblatt 9. Jahrg. Nr. 8, S. 88 ff. Schmidt a.a.O. § 105 III. Beling 1928: § 48 ff.

3) Beling: Strafprozeßrecht 1904. Beling 1928: a.a.O. § 48, S. 202, 204 f., 209, 211 ff,

4) Löffler, a.a.O. S. 515.

5) Krug, a. a. O. S. 415 ff. 417.

Handeln Prozeßunfähiger entlastet sein soll, daß auf solches Handeln keine Rücksicht genommen werden soll. Es ist daher solches Handeln unwirksam, z. B. das Handeln Geisteskranker." (Beling 1928, S. 206.)

Hierzu wird aber dargelegt werden, daß die Normen über Geschäftsfähigkeit im privatrechtlichen Sinne auf das öffentliche Recht nicht übertragen werden können.

2. Von Binding und Oetker durch mangelnde Vollmacht zur Ausübung des Richteramtes. („Wenn der geisteskranke Amtsgerichtsrat X. zu Y. ein Urteil erlassen hat, so hat nicht das Amtsgericht zu Y. gesprochen. Das „Urteil" kann nicht rechtskräftig werden. Absolute Unfähigkeit der gerichtlichen Mitglieder oder eines Teiles derselben stempelt das angebliche Gericht zu einem Nichtgericht.")

3. Krug (a. a. O. S. 415) stellt auf den Zweck des Prozesses ab, den er in der Herbeiführung einer Entscheidung sieht. „Als maßgebend wird jedoch vom Staate nicht die Entscheidung einer beliebigen Person, sondern nur die eines mit der Rechtspflege betrauten Organes, des Richters, anerkannt," der außerdem freie Willensentschließung besitzen müsse.[7]

4. Friedländer (a. a. O. S. 343) verlangt „Minimalerfordernisse für die Lebensfähigkeit einer als Urteil sich ausgebenden Entscheidung, die sich aus der Natur der Dinge, der allgemeinen Vernunft ergeben." Er stellt hierbei auf die staatliche Vollmacht des Richters zur Urteilsfällung und auf seine geistige Befähigung zur Wahrnehmung richterlicher Funktionen ab.

5. Löffler (a. a. O. S. 515) trennt die Vollmacht zur Ausübung des Richteramtes von der Fähigkeit dazu und will den Mangel der Fähigkeit dem Mangel der Vollmacht gleichsetzen und hier wie dort als absoluten Nichtigkeitsgrund wirken lassen.

Von den genannten Autoren wird gefordert, daß sämtliche Handlungen eines geisteskranken Richters rechtlich bedeutungslos sein sollen. „Nicht die Wiederaufnahme des Verfahrens könne geeignet sein, ein richtiges Urteil zu schaffen, denn die Wiederaufnahme suspendiere nur das gefällte

6) Oetker, Deutsches Wochenblatt, S. 88 ff.

7) Vgl. auch Vierhaus in ZZP. Bd. 42 S. 554 in einer Kritik zu W. Jellinek: „Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkung: „Wenn man das Urteil als gewollte Handlung ansieht, dann muß das handelnde Organ auch wollen können."

Urteil, die Handlung des geisteskranken Richters ist aber kein Urteil, weil die Voraussetzungen dazu fehlen. Das nichtige „Urteil" sei daher nicht der Rechtskraft fähig. (Oetker, Deutsch. Wochenbl. a. a. O. S. 89.)

Der erste Einwand (vgl. unter A 1), daß Urteile nach der Art der Rechtsgeschäfte des Privatrechts behandelt und daher den hierfür geltenden gesetzlichen Bestimmungen unterworfen werden müssen, soll durch den Nachweis beseitigt werden, daß „die Generalisierung des Rechtsgeschäftsbegriffes" für das öffentliche Recht „Elemente des zivilrechtlichen Begriffes zum Gattungsbegriff gezogen hat, die nur dieser specius zukommen" (Kriegsmann a. a. O. S. 471). Zwar scheint dieser Einwand zunächst eine bedeutende Stütze darin zu finden, daß nach Ansicht des Reichsgerichts die Allgemeinvorschriften des Privatrechts auch im öffentlichen Recht maßgebend sein sollen.[8] Es kommen vor allem die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit und Willensmängel in Frage. (§ 104 ff. B. G. B.). Diese Vorschriften beschränken sich nicht nur allein auf den Abschluß von Verträgen, sondern sind auch auf solche Rechtsgeschäfte anzuwenden, die von dem Mitwirken und dem Einfluß einer zweiten Person unabhängig sind.[8]

Weiter erklärt die Z. P. O. in §§ 51—56 die Anwendbarkeit der Vorschriften über Geschäftsfähigkeit auch für das Prozeßrecht; die Behörde hat sie zu berücksichtigen. Demnach scheinen diese Vorschriften auch für das öffentliche Recht anerkannt zu sein, da das Prozeßrecht ein Teil des öffentlichen Rechts ist. Die Übernahme dieser Bestimmung schließt aber nicht den Gedanken aus, daß sie im öffentlichen Recht nur dann Geltung haben soll, wenn sie durch besonderes Gesetz für ein bestimmtes Gebiet des öffentlichen Rechts anerkannt worden sind. So gelten die eben genannten Bestimmungen nach dem ausdrücklichen und eindeutigen Wortlaut des § 51 Z. P. O. nur für die Parteifähigkeit einer Person, nichts ist darüber gesagt, daß sie auch für andere Gebiete der Z. P. O. gelten, und nach dem klaren Wortlaut ist dies auch nicht anzunehmen. Sie werden daher im weiteren Umfange allgemein nicht zuzulassen. sein.

---

8) R.G.Z. Band 83 S. 432, Band 95 S. 298, R.G.Str. Band 16 S. 380, Brand, a.a.O. S. 14, Kelsen, Staatsunrecht S. 85, Vogels, a.a.O. S. 247—267 (255—256).

Indessen versucht Kormann zum Beweise der Geltung privatrechtlicher Vorschriften im öffentlichen Recht aus § 810 A. L. R. II 18, der durch das Pr. A. G. B. G. B. im Artikel 89 als öffentliches Recht berührend in Geltung geblieben ist, die allgemeingültige Natur bestimmter privatrechtlicher Normen herauszulesen.[9]

Kormann schließt aus der Betonung der Minderjährigkeit durch den Gesetzgeber, daß für Kinder und demnach auch für Geisteskranke im öffentl. Recht die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit, die für privatrechtliche Handlungen gegeben sind, auch auf Amtshandlungen entsprechende Anwendung finden, „.. ein Satz, der als an sich geltend vorausgesetzt und nur dahin modifiziert wird: „Der Minderjährige, der das 7. Lebensjahr vollendet hat, ist aber für solche Handlungen, die die Erfüllung der sich aus dem Beamtenverhältnis ergebenden Verpflichtungen betreffen (Amtshandlungen) unbeschränkt geschäftsfähig." Es erscheint unbedenklich, diese Modifikation auch ausdehnend auszulegen und sie anzuwenden auf sonstige Personen, die gleich Minderjährigen über 7 Jahren beschränkt geschäftsfähig sind, wie der wegen Trunksucht oder Verschwendung Entmündigte. Wo aber die Modifikation des allgemeinen Grundsatzes weder nach ausdrücklicher Gesetzesbestimmung noch kraft analoger Ausdehnung Platz greift, gilt uneingeschränkt der Grundsatz selbst: „Die Amtshandlungen der Geschäftsunfähigen sind ohne Verbindlichkeit und Rechtskraft, d. h. nichtig, wie ihre Privathandlungen nichtig sind.""

Geisteskranke sind aber nur dann handlungsunfähig, wenn ihr Zustand ein dauernder ist; wird doch ihre Geschäfts- und Handlungsfähigkeit im bürgerlichen Recht anerkannt, wenn sie in den sogenannten dilucida intervalla handeln; nur dürfen sie nicht wegen Geisteskrankheit entmündigt sein, denn die Entmündigung präsumiert stets eine Geisteskrankheit im Sinne des § 104 Z. 2 B. G. B. und kann daher keine dilucida intervalla anerkennen, weil sie ja Geschäftsunfähigkeit des Entmündigten bewirken soll.

Ebensowenig greift Kormanns Hinweis auf die Vorschriften über die Befähigung zum Regentenamte durch,[10] welche ebenfalls „Geschäftsfähigkeit" erfordern. Daraus, daß

9) Kormann, a.a.O. S. 291—92, Kormann, A.Ö.R. Band 6 S. 492, Bornhak, a.a.O. I S. 215.

10) Kormann, a.a.O. im A.Ö.R. Bd. 6, S. 492.

die Vorschriften des Allgemeinen Landrechts, soweit sie das öffentliche Recht betreffen, neben den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches in Kraft geblieben sind, erhellt, daß der Gesetzgeber die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches im öffentlichen Recht nicht angewendet wissen wollte. Die besondere Regelung der Fähigkeit zum Regentenamt beweist außerdem, daß die sogenannten allgemeinen Vorschriften in anderen Gesetzen durch besondere Normen ersetzt werden sollten.[11]

Dabei darf aber nicht verkannt werden, daß allgemeine Rechtsregeln denkbar sind, die privates und öffentliches Recht zugleich beherrschen; sie einzuführen ist aber Sache lediglich der Gesetzgebung.[12] Es geht nicht an, durch Analogieschluß privatrechtliche Normen zu verallgemeinern, zumal Normen dieser Art in Sondergesetzen teilweise andersartig behandelt worden sind. (Vgl. die verschiedenartige Behandlung der Handlungsfähigkeit im Strafgesetzbuch und im Jugendgerichtsgesetz). Mit dem gleichen Rechte könnte man durch Analogie die Norm dieser Gesetze zu allgemeinen erklären. Anders wäre es, wenn das Bürgerliche Recht als einziges Gesetz Bestimmungen über Handlungsfähigkeit enthielte; dann wäre eine Analogie auch in anderen Rechtsgebieten zu rechtfertigen, wenn dort der innere Grund der Rechtfertigung der gleiche ist.[13]

„Die Analogie ist eine Fortbildung des Rechtes in der vom Gesetze eingeschlagenen Richtung, eine Fortbildung im Sinne des Gesetzes, aber über dessen Inhalt hinaus..",[13] ..d. h. im vorliegenden Falle im Sinne des Privatrechts nur für neue privatrechtliche Verhältnisse. „Für den Willen eines Zivilrechtssatzes aber kann ein öffentlichrechtliches Verhältnis nie etwas Rechtsähnliches sein",[14] auch dann nicht, wenn man das Schweigen des öffentlichen Rechts dahin auslegt, daß es die allgemeinen Gedanken des Privatrechts angewendet wissen will, weil es selbst Vorschriften gleichen Inhalts oder ähnlichen nicht enthält.[15] Das folgt aus der grundsätzlichen Verschiedenheit von öffentlichem und

11) Josef, Recht 1913, S. 731, Kriegsmann, a.a.O. S. 471.
12) R.G.Z. Band 97 S. 43, 107 S. 189, Bd. 111 S. 22 ff. Stoll in Jur.W. 1925, S. 1616—17 Nr. 5.
13) Enneccerus-Kipp-Wolff, Band I, 1, § 53 II, 2 S. 117, Josef, Pr.Verw.Bl. Band 41 S. 588, Josef, in Deutsch.Jur.Z. 1927, Heft 16—17 S. 1185—1186, R.G.Z. Bd. 65 S. 137.
14) Apelt, a.a.O. S. 37.
15) Stoll, in Jur.W. 1925, S. 1616—17, Nr. 5.

privatem Recht: Das öffentliche Recht gehört zur ausschließlichen Rechtssphäre des Staates, das Privatrecht zur ausschließlichen „staatsfreien" Sphäre des Einzelnen". „.. Bei der verlockenden Einfachheit des Verfahrens, sich bietende Schwierigkeiten durch eine Anleihe bei dem benachbarten Rechtsgebiete zu beheben, konnte es nicht ausbleiben, daß Tendenzen in das öffentliche Recht eingedrungen sind, die, für ganz anders geartete Verhältnisse aufgestellt, sich seinen Bedürfnissen und den Anforderungen des öffentlichen Rechts nicht immer hinreichend anzupassen gewußt haben."[16]

Kelsen (Staatsunrecht S. 84) lehnt aus einem anderen Grunde die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im öffentlichen Rechte ab. „Der Gegensatz zwischen privatem und öffentlichem Recht sei ein bloßes Truggebilde". Auch das sogenannte öffentliche Recht sei der Rechtsordnung unterworfen, die auch das sogenannte Privatrecht geregelt habe: Die Rechtsordnung richte sich aber nach der Rechtslogik. Wenn sie davon abweichen wolle, so müsse sie es ausdrücklich oder stillschweigend bekannt machen. Sagt das logische Urteil, daß ein Mangel des gesetzlichen Tatbestandes, dessen Elemente die Rechtsordnung festgestellt habe, ein rechtliches Nichts darstellt, so muß die Rechtsordnung, wenn sie den durch den Mangel bedingten Staatsakt zunächst gelten und nur für anfechtbar erklären will, dies ausdrücklich im Gesetz bestimmen. „Es ist kein privatrechtliches oder öffentlichrechtliches, es ist ein allgemeingültiges Prinzip, daß diejenigen Mängel, welche (ergänze: „nur") als Anfechtungsgründe anzusehen sind, von der Rechtsordnung als solche bezeichnet sein müssen, ebenso wie von der Rechtsordnung genau bestimmt sein muß, welche Wirkung die Anfechtung haben soll. Aus der Natur der Sache läßt sich ein solches beim Schweigen des Gesetzgebers nicht erschließen." Würde die Rechtsordnung bei einem gesetzlich klar umrissenen Tatbestand noch bestimmen, daß bei Mangel der gesetzlichen Erfordernisse er nichtig sein solle, so täte sie etwas überflüssiges. Denn die Nichtigkeit bei Vorliegen eines Mangels ergäbe schon das logische Urteil. Nur was im Widerspruch mit dem logischen Urteil als gültig oder nur unter der Bedingung der Anfechtbarkeit anzuerkennen sei, müsse von ihr eindeutig festgestellt werden. Im sogenannten öffentlichen

16) Apelt, a.a.O. S. 19.

Recht fehlen aber derartige Bestimmungen. Daher seien mit einem Mangel behaftete Staatsakte nichtig; „denn die Nichtigkeit ist etwas ganz und gar Negatives, es ist nicht anti- sondern a-rechtlich, nicht Unrecht, sondern Nichtrecht". (Vgl. Kelsen, Staatsunrecht S. 86.)

Kelsen erkennt aber an, daß die strenge Durchführung dieser Logik in der Praxis oft als sehr „inopportun" empfunden werden würde, besonders dann, wenn man die Schwere des Mangels erwägen müsse. Einen Staatsakt wegen eines geringfügigen Mangels für nichtig zu erklären, würde auch dem Willen des Gesetzgebers keineswegs entsprechen. Kelsen läßt daher eine gewisse „Elastizität" in der Rechtsanwendung gelten; deren Folge indessen wäre wieder, bei „Schweigen des Gesetzes" aus „der Natur der Sache" entscheiden zu müssen; dies will er aber gerade bekämpfen. Auch könnte die Elastizität dazu führen, die Normen der Nichtigkeit des Privatrechts auch auf das öffentliche Recht anzuwenden, besonders dann, wenn der Gegensatz der beiden Rechtsgebiete als „Truggebilde" aufgefaßt wird und eine allgemeine Rechtsordnung das eine Rechtsgebiet „Privatrecht", das andere „öffentliches Recht" nenne.[17] (S. 79—81.). Ist doch nach Kelsen (S. 76) „die Interpretationsregel, wenn man die Frage zu entscheiden hat, ob ein Geschäft nichtig oder anfechtbar ist, keineswegs spezifisch privatrechtlichen Charakters, sondern rein formaler Natur, ein allgemeines Prinzip der Rechtslogik, das, wenn es richtig ist, ebenso im Privatrecht wie im öffentlichen Recht angewendet werden kann". Die Folgerung hieraus ist, daß Kelsen bejahen muß, was er in seiner Lehre von der absoluten Nichtigkeit fehlerhafter Staatsakte gerade ablehnen wollte, sobald er ihre praktische Anwendbarkeit modifiziert und den spezifisch privatrechtlichen Charakter der Anfechtungs- und Nichtigkeitsnormen des Privatrechts verneint.

So sprechen für die Unanwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im öffentlichen Recht erhebliche Gründe. Daher darf man auch den Inhalt des Staatsakts begrifflich dem „Rechtsgeschäft" des Privatrechts nicht angleichen, und, weil

---

17) Kelsen, Staatsunrecht S. 79, „Der Staatsakt hat nur dann eine vom privaten Rechtsgeschäft verschiedene rechtliche Physiognomie, die man als spezifisch „öffentlich rechtliche" bezeichnen darf, wenn das positive Recht den Staatsakt anders als das Rechtsgeschäft der Untertanen behandelt . . . Wenn es einen Gegensatz zwischen Privat- und öffentlichem Recht gibt, könnte es nur ein positiv-rechtlicher sein."

der hierbei auf einen Rechtserfolg gerichtete Wille des Staates von einem Organ ausgeht, nicht als „publizistisches Rechtsgeschäft" bezeichnen. Behält man aber diesen Namen bei, so muß man sich vergegenwärtigen, daß dieses Rechtsgeschäft einen ganz anders gearteten Umfang als das privatrechtliche hat, das sich nur aneinander gleichberechtigte Individuen wendet während das öffentliche Recht nur Verhältnisse der Über- und Unterordnung („Untertan") ordnet. Daher dürfen die Normen, die für das privatrechtliche gelten, nicht auf das publizistische Rechtsgeschäft angewendet werden. Dieser Schluß ist sogar von den Vertretern der Lehre, die im allgemeinen privatrechtliche Normen im öffentlichen Recht als gültig anerkannt wissen will, gezogen worden; sie konnten nach der Wirkung, die ein Staatsakt auslöst, die Anwendbarkeit der allgemeinen Normen des Privatrechts im öffentlichen Recht nur beschränkt behaupten. „Bei der überragenden Bedeutung, die dem obrigkeitlichen Ausspruch im Leben zukommt, der einen Tatbestand mit autoritativer Geltung ordnet, muß es als eine der vornehmsten Forderungen im Rechtsstaate angesehen werden, daß diese Ordnung auch Bestand habe und daß der Einzelne, der ihr unterliegt, mit ihrer Geltung rechnen könne."

Haften dem Akte Mängel an, die seine Geltung in Frage stellen, so führen diese grundsätzlich nur zu der Möglichkeit, ihn durch Anfechtung zu beseitigen, während von selbst eintretende Ungültigkeit im Interesse der Rechtssicherheit nur in solchen Fällen anerkannt wird, in denen die Mangelhaftigkeit von solcher Stärke ist, daß das öffentliche Interesse an ihrer Geltendmachung alle anderen Bedenken überwiegt.[18]

Willensmängel, die auf Zwang, Bedrohung, Täuschung, Irrtum beruhen, spielen im öffentlichen Recht nicht eine so entscheidende Rolle, daß sie die Anfechtung der durch einen Willensmangel zustandegekommenen Staatsakte rechtfertigen würde.[19] So wird eine Reichsgerichtsentscheidung (R.G.Z. Bd. 83, S. 429—32), die einen Staatsakt, der durch Täuschung des staatlichen Organs herbeigeführt worden ist, nach privatrechtlichen Grundsätzen behandelt wissen will, von der

18) Apelt, a.a.O. S. 99, Hatschek, Deutsches und Preuß. Verwaltungsrecht, § 16, I, 1, S. 96, Kormann, a.a.O. S. 274.
19) Apelt, a.a.O. S. 37.

Wissenschaft abgelehnt.[20] Die Vorschriften über bürgerliches Recht können im öffentlichen Recht deshalb nicht angewendet werden, weil die Beziehungen der beiden Rechtsgebiete zueinander sehr lose und auch nur äußerliche seien; die Analogie sei aber nur da zulässig, wo es sich um ein zivilrechtliches Grundverhältnis handle; solche zivilrechtlichen Grundverhältnisse werden aber sogar vom Reichsgericht nicht einmal für die Gehaltsansprüche der Beamten anerkannt, die privatrechtlichen Ansprüchen noch am nächsten stehen.

Da der mit einem Mängel behaftete, „fehlerhafte" Staatsakt mit den Anfechtungsmitteln des Privatrechts nicht beseitigt werden kann, wird seine Aufhebung nur durch einen neuen Staatsakt möglich sein. Nichts spricht dagegen, daß der Staatsakt ebenso beseitigt werden könne, wie er zustandegekommen ist. Auch die Wissenschaft nimmt an, daß nur ein neuer Staatsakt die Beseitigung eines fehlerhaften bewirke, daß dieser ferner solange bestehen bleibt, bis er auf demselben Wege, auf dem er zustandegekommen ist, wieder aufgehoben wird.[21] „Juristisch liegt die Sache nicht anders, als wenn im Falle eines Antragsdeliktes eine Anklage ohne Antrag eines Berechtigten erhoben worden ist; sie ist dann nicht einfach nihil actum....,...sondern das Verfahren muß wegen eines rechtlichen Mangels eingestellt werden. Das ist die notwendige Folgerung aus der Natur des einseitigen Staatsaktes".[22]

Es wird sogar die Ansicht vertreten, daß der auf Rechtsgewährung oder Rechtsanerkennung gerichtete, gesetzmäßige Staatsakt einer Behörde nicht deshalb zurückgenommen werden darf, „weil die entscheidende oder verfügende Behörde einen solchen Verwaltungsakt, so wie er gesetzt wurde, nur unter dem Einfluß eines Irrtums gesetzt hat";[23] das Recht, ihn zu beseitigen, ist daher nur unter erschwerten Umständen möglich.

Nicht einmal die vorsätzliche Täuschung einer Behörde genügt, um eine Aufhebung des von ihr verfügten Staatsaktes zu rechtfertigen,[24] denn durch eine Nichtigkeitserklärung

20) Hartmann, Jur.W. 1915, S. 120. Josef, Preuß. Verw.Bl. Band 41, S. 588.
21) Mayer, Verwaltungsrecht, Band II § 43 S. 265. Kormann, a.a.O. S. 24—25, Preuß, a.a.O. S. 97.
22) Kormann, a.a.O. S. 275.
23) Tezner, a.a.O. S. 368—69.
24) O.V.G. Bd. 13 S. 419; Bd. 27 S. 411—13; Bd. 55 S. 237—38.

würde „für die wichtigsten öffentlichrechtlichen Statusverhältnisse Unsicherheit erzeugt und zum Nachteil sowohl des Einzelnen, wie auch der ganzen Verwaltung selbst in diese Verhältnisse weitgehende Verwirrung hineingetragen werden". Das Kennzeichen eines solchen Statusverhältnisses ist aber immer ein Staatsakt.

Wenn also selbst Täuschung eines Staatsorgans nicht ausreicht, um den auf Grund der Täuschung von ihm gesetzten Staatsakt zu beseitigen, so wird man die Staatsakte eines Geisteskranken, der womöglich von seiner Geisteskrankheit nicht einmal gewußt hat, und dessen Zustand von der Behörde zunächst auch nicht bemerkt worden ist, als gültig anerkennen müssen; denn der Staatsakt wird nicht von selbst nichtig.[25]

β)

Gegen die unter A. 2—5 dargestellten Ansichten über die Nichtigkeit von Urteilen ist zuerst Kroschel (a.a.O. S. 137 ff.) aufgetreten.[26] Er erkennt an, „daß die Frage der absoluten Nichtigkeit praktisch eine der wichtigsten ist, die" nicht nur „das Strafrecht kenne"; könne aber diese Nichtigkeit von jedermann und jederzeit, da sie keine Rechtskraft kennt, geltend gemacht werden, dann gerate die ganze Rechtsordnung ins Schwanken. (a.a.O. S. 138). „Das Urteil, das insofern sogar dem Gesetze vorgeht, als der Richter über die Gültigkeit der Gesetze zu entscheiden habe," während er an die Rechtskraft gebunden ist, und nicht anders und auch „ne bis in idem" entscheiden darf, „wird aus einem autoritativen Hoheitsakt zur unsicheren Willenserklärung, unsicherer als die eines Privatmannes."[27] Während die Willenserklärung schon durch bloße Anfechtung beseitigt wird, diese aber nur innerhalb gewisser Fristen geltend gemacht werden kann, sei die absolute Nichtigkeit jederzeit und von jeder Behörde geltend zu machen. Weiter hebt Kroschel hervor, daß der Mangel einer Prozeßvoraussetzung, z. B. Mangel geistiger Fähigkeit des Richters, niemals die Nichtigkeit der Prozeßhandlung herbeiführe. (a.a.O. S. 151); „auch beim Fehlen einer Prozeßvoraussetzung liegt das Aeußere eines Prozesses, eines

25) Mayer, Verw.R. I, § 22, S. 267.
26) Ebenso jetzt Stein-Jonas Bd. II, Vorbemerkung I, 3 zum 4. Buch der Z.P.O. S. 173.
27) s. auch Vogels a.a.O. Seite 259.

Urteils vor, dies ist zwar fehlerhaft, aber es ist unleugbar vorhanden", und es fehle daher an Beweisen für seine Nichtigkeit. Ist doch selbst bei Verletzung einer Rechtsnorm nur Revision gegeben, unter Umständen die Nichtigkeitsklage zulässig, diese allerdings nur im Zivilprozeß und auch nur innerhalb einer bestimmten Frist.

Kroschel stimmt aber insoweit mit Friedländer (s. o.) überein, indem er eine — allerdings beschränkte — Nichtigkeit der „essentialia negotii" (vgl. Friedländer a.a.O.)[28] anerkennt. Wenn nicht einmal die Mindesterfordernisse eines Urteils gegeben seien, so läge auch kein Urteil vor. Aber es sei praktisch unmöglich, die Fälle festzustellen, in denen diese Mindesterfordernisse nicht vorliegen, zumal einige noch für heilbar gehalten werden. Wenn man jedoch die Heilbarkeit bestimmter Mängel leugnen wolle, „so verfiele man in Systemlosigkeit, denn es ist trotz des größten Scharfsinnes keinem der Gegner gelungen, noch wird es je gelingen, die Fälle der heilbaren von denen der unheilbaren Nichtigkeit zu unterscheiden."[29] Der Schluß hieraus wäre, daß jedes (auch das fehlerhafte) Urteil der Rechtskraft fähig ist. Ein Nichturteil sei nur dann gegeben, wenn ein Nichtrichter, der keine facultas judicandi habe, eine Entscheidung träfe. Jeder zum Richter Ernannte hat aber die facultas judiacandi, die auch umfassender ist als die facultas recte judicandi; das sei allein für die Entscheidung das Wesentliche (a.a.O. S. 159 ff. S. 157.).

Die Unhaltbarkeit der Nichtigkeitslehre scheitere an ihren Folgen: Ein rechtskräftiges Urteil könne nicht ohne weiteres beiseite geschoben werden;[30] dies widerspräche dem Wesen der Rechtskraft und damit den Handlungen der mit maßgebender Autorität ausgestatteten richterlichen Behörde. Praktisch käme man im Strafprozeß z. B. zu folgendem: Einem Rückfallsverbrecher könnten nicht ohne weiteres die Vorstrafen entgegengehalten werden, wenn er behauptet, der hierauf erkennende Richter wäre geisteskrank gewesen. Außerdem könnte stets ein beliebiger Grund der Nichtigkeit ausfindig gemacht werden: „Die Angriffe der rechtskräftigen Urteile würden sich nicht auf wenige Fälle beschränken." Von dem alten Satz: res iudicata pro veritate accipitur

28) Vgl. Friedländer, a.a.O. S. 343.
29) Ebenso von Hippel, a.a.O. S. 4. Kriegsmann a.a.O. 454.
30) Kriegsmann S. 456—486 und 481, Schmidt a.a.O. § 107 II.

(l. 107 D. de reg. iur. 50, 17) bliebe nicht mehr viel übrig, anstelle der Rechtssicherheit träte Rechtsunsicherheit. (Ebenso Vogels a.a.O. S. 259).

Die Lehre von der absoluten Nichtigkeit wird noch durch etwas anderes umgestoßen, worauf Kriegsmann (a.a.O. S. 480) aufmerksam macht. Er schließt sich im wesentlichen den Ausführungen Kroschels an, weist aber noch auf folgenden Umstand hin: „Die Präsumtion der Richtigkeit, der Mängelfreiheit, sei das Vorliegen sämtlicher Begriffsmerkmale des Urteils. Jede Lehre, die demgegenüber Fälle der Urteilsnichtigkeit vertreten will, muß diesen Tatbestand ändern: Sie muß einen Teil des Präsumtionsinhaltes, muß bestimmte legislative Voraussetzung der Urteilsautorität als Präsumtionsvoraussetzungen aufstellen. In demselben Augenblick aber entbehrt ihre Beweisführung der bindenden Kraft." Kriegsmann stützt diesen Satz auf den früheren § 376 der Strafprozeßordnung, den § 337 der Novelle zur Strafprozeßordnung von 1924, der den strafprozeßrechtlichen Revisionsgrund aufstellt. Da nun §§ 549—50 Z.P.O. dasselbe aussprechen, sind die auf § 337 St.P.O. gestützten Darlegungen analog anzuwenden. Kriegsmann kommt zu folgendem Ergebnis: Nach § 337 St.P.O. sind alle Urteile revisionsfähig, denn § 337 St.P.O. spricht von Urteilen schlechthin. Der Nachweis, daß diese Vorschrift nicht so weit ausgelegt werden darf, daß also das Gesetz nicht alle Urteile als darunter fallend verstehe, muß erst bewiesen werden. Die Lehre von der Urteilsnichtigkeit muß aber den noch zu liefernden Beweis für ihre Begründung voraussetzen, sonst ist die Beweisführung garnicht möglich. Diese Voraussetzung wird sich aber nach dem Gesetz nicht erbringen lassen; denn § 337 St.P.O. setzt ein bereits bestehendes Urteil voraus. Es meine nicht ein Urteil bestimmten Inhalts, sondern das Urteil schlechthin; dieses soll mit der Revision anfechtbar sein. Dadurch nun, daß das Gesetz damit ein das Prozeßverfahren abschließendes Ereignis meint, muß vermutet werden, daß jedes Urteil in Frage kommt, ohne Unterschied, ob es gültig oder fehlerhaft zustandegekommen ist, auch ohne Rücksicht auf die Schwere des Fehlers. Die Vermutung einer Beschränkung auf bestimmte Fehler läßt sich aber aus dem Gesetz nicht entnehmen. Dagegen läßt sich das Gegenteil einer solchen Vermutung nach Kriegs=

mann (a. a. O. S. 479—480) aus § 260 St. P. O. ableiten. Dort heißt es, daß die Einstellung des Verfahrens durch Urteil (arg. e § 60 I) auszusprechen ist, wenn bei einer nur auf Antrag zu verfolgenden, strafbaren Handlung sich ergibt, daß der erforderliche Antrag nicht vorliegt, oder daß der Antrag rechtzeitig zurückgenommen oder verspätet eingelegt worden ist. Der Antrag ist aber bei den sogenannten Antragsdelikten des Strafrechts Prozeßvoraussetzung.

Da die Einstellung des Verfahrens durch Urteil zu erfolgen hat, muß das bisherige Verfahren ein ordentlicher Prozeß gewesen sein; denn nur im ordentlichen Prozeß können Urteile ergehen. Man kann daher in solchen Fällen von einem sogenannten Nichtprozeß überhaupt nicht sprechen. Das Gesetz behandelt nur beispielsweise den Fall des Mangels einer bestimmten Prozeßvoraussetzung, nämlich das Fehlen des Antrags bei den Antragsdelikten, die herrschende Meinung und die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen[31] läuft aber darauf hinaus, alle anderen Fälle mangelnder Prozeßvoraussetzungen analog zu behandeln.

Das Ergebnis der Ausführung von Kriegsmann ist dahin zusammenzufassen: Eine Urteilsnichtigkeit läßt sich nicht nur „nichtzwingend beweisen, sondern auch für das geltende Prozeßrecht nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht annehmen. Soweit ein Rechtsmittel gegeben ist, kann von Nichtigkeit keine Rede sein;" das Rechtsmittel ist aber nach § 337 ff. St. P. O. für alle Urteile gegeben, damit auch für diejenigen, die auf Grund irgendwelcher mangelnder Prozeßvoraussetzungen ergangen sind.

Obwohl die Lösung von Kriegsmann in ihrer Einfachheit und aus der Folgerung allein aus dem gesetzlichen Tatbestande die Urteilsnichtigkeit wohl am deutlichsten verneint, so erfaßt sie dieses Problem nicht ganz so vollständig wie die allgemeinere, mehr auf Billigkeitserwägungen fußende Lösung Kroschels. Kriegsmann setzt nämlich ein Urteil überhaupt voraus, also eine richterliche Handlung. Er behandelt aber nicht unmittelbar den Fall, der von den Anhängern der Lehre von der Urteilsnichtigkeit und von Kroschel im Ergebnis seiner Untersuchung berührt wird, nämlich das Mitwirken eines geisteskranken Richters in einem Prozeß. Ob

31) Reichsger.Str.S. Bd. 35 S. 372; Bd. 41 S. 153, (vgl. auch Kohlrausch Str.P.O. 20. Aufl. Anm. zu § 260 II S. 264. Vgl. hierzu Löwe Rosenberg: Vorbem. 3. 2. Buch StPO. Nr. 18 S. 361, und A. 3 zu § 260 StPO S. 592.

dann ein Urteil anfechtbar ist oder überhaupt nicht ergehen könne, darüber ergeben seine Ausführungen keine Auskunft. Er sagt nur, daß ein Nichturteil kein „nichtiges Urteil" im Sinne der Untersuchung sei, er sagt aber nicht, wann ein Nichturteil vorliege. Allerdings verlangt auch er, daß hinter der Entscheidung eine Persönlichkeit mit Richterqualität stehen muß, geht jedoch darauf nicht ein,[32] in welchen Fällen man von einer Richterqualität nicht mehr reden kann. Man wird aber seine bisherigen Darlegungen über mangelnde Prozeßvoraussetzungen hierauf ebenso anzuwenden haben. Nimmt man selbst mit den Anhängern der Nichtigkeitslehre an, daß bloße Befähigung zum Richteramte die Voraussetzungen der Richterqualität nicht erschöpfe, sondern daß auch geistige Fähigkeit dazu gehöre, so schadet der Mangel hieran nach den Ausführungen über den Einfluß des Mangels der Prozeßvoraussetzung des Urteils nicht. Der von einem geisteskranken Richter geleitete Prozeß ist daher kein Nichtprozeß. Er kann durch — wenn auch möglicherweise durch Rechtsmittel anfechtbares — Urteil beendet werden. Voraussetzung ist aber, daß das Urteil von einem „Richter im Amte" erlassen wird. Dafür genügt aber die facultas iudicandi; das folgt aus den gesetzlichen Vorschriften über den Befähigungsnachweis, während für den Nachweis geistiger Befähigung gesetzliche Vorschriften nicht bestehen. Auch muß aus den Amtszuchtgesetzen geschlossen werden, daß die geistige Befähigung kein gesetzliches Erfordernis ist, da nur ein geisteskranker Beamter in den Ruhestand versetzt werden kann, er aber bis zu diesem Zeitpunkt dennoch nicht aufhört, Beamter zu sein.

Seine Amtshandlungen sind daher trotz seiner Geisteskrankheit rechtswirksam. Auch kann nunmehr nicht die Möglichkeit angenommen werden, daß der Staat von sich aus die Wirksamkeit dieser Urteile beseitigen wolle; dies würde auch dem Zwecke der Amtstätigkeit eines Organs widersprechen. „Ein mit staatlicher Autorität ergangenes Urteil kann nicht mit deren Willen als nicht vorhanden angesehen werden", aus diesem Grunde ist die Ipsoiure-Nichtigkeit eines Urteils zu verneinen.[33] Hierauf macht Jellinek besonders aufmerksam.[34] Die geistige Minderwertigkeit der urteilenden oder handelnden Staatsorgane habe die absolute Nichtigkeit des Staats-

32) Kriegsmann, S. 465.
33) Schwalbach, Wiederaufnahme des Verfahrens a.a.O., Seite 162, Vogels a.a.O. S. 259.

akts nicht zur Folge; ja, nicht einmal wäre durch die Mitwirkung eine revisible Rechtsnorm verletzt; es gäbe keine zwingende Vorschrift, und es bestünde nur „ein Sollgebot, daß geisteskranke Beamte zu suspendieren bezw. zu pensionieren sind". Jellinek stützt seine Beweisführung auf § 61 R.B.G.[35] Diese Bestimmung wird aber in Wirklichkeit nicht ganz so weit ausgelegt, wie es Jellinek tut. Nach Görres (a. a. O. S. 50, Ziff. 5 zu § 61 R. B. G.) ist die vorgesetzte Behörde nicht befugt, „nach Befinden einen dauernd geisteskranken Beamten im Amte zu lassen; nur solange noch Aussicht auf Genesung bestünde, dürfe er in den Ruhestand nicht versetzt werden." Es muß aber im übrigen Jellinek insoweit durchaus beigetreten werden, daß die vom Gesetz gebotene Einschränkung keineswegs dagegen spricht, daß ein geisteskranker Richter auch gültige Amtshandlungen vornehmen kann. Inwieweit sie durch Rechtsmittel angreifbar sind, soll im Zusammenhang mit der Möglichkeit der Anfechtung durch Rechtsmittel behandelt werden.

In jüngster Zeit hat sich von Hippel mit dem Problem der Urteilsnichtigkeit im Rahmen einer Untersuchung über den fehlerhaften Staatsakt befaßt. Er setzt voraus, daß ein Staatsakt dann fehlerhaft sei, wenn er nicht in der Form erscheint, in der er als Staatsakt bestimmter Art auftreten müßte; die Schwere des Fehlers richte sich nach der Abweichung des Aktes von seinen gesetzlichen Voraussetzungen. So seien nur diejenigen Staatsakte unwirksam, welche ihrer Form und ihrem Wesen nach eine Aufhebung bedingen. Als Maßstab hierfür genüge nicht das bloße Inbeziehungsetzen von Tatbestand und Rechtsnorm. Rechtsbegriffe seien Wertbegriffe. Der Zweck der Rechtsnorm sei für die Wertbestimmung das Wesentliche; es müsse daher bei der Auslegung die dem Zweck der Rechtsnorm wertvollste Lösung berücksichtigt werden. Diese Lösung, die einem offenbar sittlichen Postulate entspräche, sei aber nur von Fall zu Fall anwendbar; „es bleibe nachzuweisen, daß die getroffene Entscheidung hinziele auf die Verwirklichung jener Rechtsidee, welche bestimmten Normenkomplexen oder Normen zugrunde liegt oder sinnvoll zu legen ist."

Die Anwendung dieses Maßstabes auf den vorliegenden Sachverhalt werde aber ergeben, daß Urteile eines geistes-

34) Jellinek, Walter, Fehlerhafter Staatsakt S. 128.
35) Jellinek, Walter, Fehlerhafter Staatsakt S. 60.

kranken Richters, sofern sie dem Sinn dieser Rechtsidee überhaupt entsprechen, gültig sein würden, andere Urteile, die „etwas Widersinniges" bestimmen, Nichturteile sein müßten. Der von den Urteilen eines geisteskranken Richters Betroffene bekäme aber dadurch ein Mittel in die Hand, diese Urteile mit der Behauptung zu mißachten, ein geisteskranker Richter könne unmöglich der Rechtsidee gemäß urteilen. Dadurch würde der von diesem Urteil Begünstigte, selbst wenn es folgerichtig den ihm zugrunde gelegten Sachverhalt erfaßt hat, niemals zu seinem Recht gelangen, wenn er nicht die Behauptung seines Gegners zu widerlegen imstande ist. Daß selbst von Hippel diese Folge nicht will, er also seine Ansicht einschränkt, beweist, daß er mit seiner „teleologischen Auslegung" auf den Vertrauensschutz der Allgemeinheit oder der Beteiligten abstellt. Allen Gutgläubigen gegenüber müsse dieser Vertrauensschutz bewahrt bleiben. Er schließt sich in seinen Ausführungen an Hatschek (Deutsch. u. Pr. Verw. R. § 16, S. 96) an: „Wo der Staat durch den Mißbrauch der Organisationsgewalt in dem Staatsbürger das Vertrauen erweckt, daß der Staat diesem gegenüber rechtsgeschäftlich handeln wollte, da muß derselbe Staat es sich auch gefallen lassen, daß dieses Vertrauen des Staatsbürgers rechtlich geschützt wird, selbst zum Nachteil des Staates." Der Vertrauensschutz des Staatsbürgers liege aber in seinem Wahlrecht, ob er den Staatsakt als bestehen bleibend anerkennen will oder nicht. Eine fehlerhaft besetzte Behörde mache nach § 810 A.L.R. II, 18 den Verwaltungsakt nicht nichtig, sondern höchstens anfechtbar, — w o h l a b e r d i e m i t e i n e m G e i s t e s k r a n k e n b e s e t z t e B e h ö r d e ! v. Hippel rügt letzteres als Folgeunrichtigkeit, die aber nur darauf beruhen könne, daß Hatschek auf das publizistische Rechtsgeschäft, ebenso wie Kormann, die Normen des Privatrechts allgemein, aber ohne zwingende Berechtigung anwendet. Weiter rügt er, daß im öffentlichen Interesse es Privatpersonen anheimgestellt sein sollte, über die Gültigkeit fehlerhafter Staatsakte zu entscheiden. „Es liegt kein ersichtlicher Anlaß vor, in diesem Falle des Vertrauensschutzes den Privaten besser, den Staat schlechter zu stellen, als beide stehen würden bei normaler staatlicher Tätigkeit. Dies aber wäre der Fall, wenn der Private frei über die Wirksamkeit staatlicher Akte bestimmte. Der Gedanke des Vertrauensschutzes

fordert nur, den mit Grund Gutgläubigen nicht schlechter zu stellen als bei fehlerfreier staatlicher Tätigkeit. Dazu wird in der Regel genügen, den fehlerhaften Akt als fehlerfrei und wirksam zu betrachten." (S. 74—76; ferner 4, 34—35, 47, 62, 65, 105—106.)

Nach von Hippels Ausführungen wären die Handlungen eines geisteskranken Richters wirksam, sobald der von ihnen Betroffene im Vertrauen auf die gültige Besetzung des Gerichts sich dem Spruche dieses Richters unterworfen hat. Dieses Vertrauen ist aber stets zu vermuten, wenn ein staatliches Organ überhaupt handelt. Auch hat außerdem der Einzelne im Zweifelsfalle das Recht, das Organ abzulehnen (vgl. § 42ff. Z.P.O. § 24 St.P.O.). Macht er dieses Recht nicht geltend, dann handelt er in der Tat im Vertrauen auf die rechtmäßige Besetzung der entscheidenden Behörde.[36] Das Vertrauen hierauf führt zu dem weiteren Schluß, daß der sich den Entscheidungen dieser Behörde Unterwerfende sie nicht nur anerkennen will, sondern auch anerkennen muß, daß es dann also nicht mehr in sein freies Belieben gestellt sein kann, ob er den Staatsakt, der ein streitiges Rechtsverhältnis für die Zukunft klären soll, für oder gegen sich gelten lassen will oder nicht. Denn handelt einmal eine Behörde in ihrer Eigenschaft als staatliches Organ und handelt sie innerhalb ihrer Zuständigkeit und im Rahmen der Gesetze, wird außerdem der Staatsakt mit irgendwelchem Rechtsmittel nicht angegriffen, so ist der Ausspruch des Staatsaktes staatlicher Wille und perfekt, mag er auch noch so fehlerhaft zustandegekommen sein. Auch wird es für den Einzelnen schwer sein, dem staatlichen Organ irgendwelches unberechtigte Handeln nachzuweisen, weil er ja garnicht die Absicht des Staates und seine Interessen im einzelnen kennen wird.[37][38] Dies gilt besonders für die Wirksamkeit der Urteile; sie sollen das Recht verwirklichen, Rechtsgewißheit schaffen. Wie soll der Einzelne, der in Rechtsungewißheit sich dem Spruch des Richters unterwirft, dieses Urteil, wenn es für ihn ungünstig ist, als Mißbrauch der staatlichen Gewalt ansehen? Ist doch das Urteil gerade das einzige Mittel der Staatsgewalt, im Einzelfall Recht zu schaffen. Er ist

---

36) Sollte die rechtsuchende Partei einen die Ablehnung des Organs rechtfertigenden Grund erst später erfahren, so hängt die nachträgliche Geltendmachung ihres Ablehnungsrechts davon ab, ob der Staat sie durch besondere Rechtsbehelfe zuläßt. (Darüber s. u.)

37) u. 38) Stein-Jonas I Anm. II 6 zu § 322 Z.P.O. Vogels a. a. O. S. 259 Anm. 39.

also an das Urteil gebunden, sobald er sich der richterlichen Entscheidung unterworfen hat. Er wird gegen das Urteil nur dann angehen können, wenn ihm die Staatsgewalt ausdrücklich ein Recht dazu eingeräumt hat, also, wenn Rechtsmittel zulässig sind. Sind aber Rechtsmittel nicht gegeben, oder ist die zur Einlegung gesetzte Frist abgelaufen, „so kommt dem Richterspruch ohne Hinzutun des Betroffenen materielle Rechtskraft zu; das Urteil wirkt zwischen den daran Beteiligten wie ein Gesetz!"[39] Als einer dem Urteil innewohnenden Kraft, einen Rechtsanspruch für die Zukunft endgültig zu gestalten oder festzustellen, bedeutet sie „die Autorität, die das Urteil vom privaten Rechtsgutachten oder von dem auf Parteivereinbarung beruhenden Schiedsspruch unterscheidet." Daher „muß die Gefahr des Irrtums in Kauf genommen werden, wenn die dem Irrtum unterworfenen Gerichte zu Mitarbeitern und Hütern der Rechtsordnung bestimmt werden sollen. Die Rechtsordnung zu begründen und zu erhalten, bedarf es neben dem Gesetz und der Gewohnheit des richterlichen Urteils", nämlich im wichtigsten Fall der Bewährung der Rechtsordnung, wenn im Einzelfall ein Rechtsgut verletzt ist oder eine Rechtsungewißheit besteht. Die Rechtsordnung muß im Interesse der Rechtssicherheit auch ein fehlerhaftes Urteil als rechtmäßig gelten lassen. Ein ewig nichtiger Prozeß ist aber „für die Rechtsordnung ein geradezu unerträglicher Gedanke, schon eine auf kurze Zeit offen gehaltene Ungewißheit über die Rechtsbeständigkeit prozessualer Akte ist ein Übelstand" (Stein-Jonas und Bülow a. a. O.). Die Rechtskraftwirkung wird nicht aus erkenntnistheoretischen Prinzipien abgeleitet, sondern ist lediglich das „Ergebnis aus staatsrechtlichen und Zweckmäßigkeitserwägungen, die jede Zeit und jedes Volk vornehmen muß," die weiterhin durch die im weitesten Umfange zu erstrebende und auch bereits erreichte Rechtssicherheit, eine der Grundlagen des modernen Staatslebens, sich von selbst gebietet. Die Gefahr des Irrtums kann aber keine Prozeßgesetzgebung verhüten; denn die Rechtsprechung ist nun einmal Menschen mit ihren Un-

39) Baumbach, a.a.O. Übersicht 3 D zum zweiten Titel Seite 485 ff. Anm. 2 zu § 322 S. 517. Barbarino a.a.O. S. 2 u. 3, Bülow a.a.O. S. 28—33. Ebner, a.a.O, S. 296, Feisenberger a.a.O. zu § 32 St.P.O. Vorbemerkung zu § 22/23 St.P.O. Kriegsmann a.a.O. S. 488 II. Michel a.a.O. S. 54, Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe I S. 20, S. 50, Pagenstecher a.a.O. § 50 S. 355. Schmidt, a.a.O. § 107 I, B. II. S, 682—84, Schwalbach, Rechtshängigkeit S. 289, Stein-Jonas I, A. II, 4 zu § 322 Z.P.O. S. 848 ff. Derselbe Bd. II, Vorbem. I, 3 über das 4. Buch S. 173.

vollkommenheiten überlassen, mußte überlassen werden, weil der Staat als juristische Person nur durch physische Personen handeln, Recht sprechen kann. Was aber in der Natur, in dem Denken und Fühlen des Einzelnen liegt, kann durch Gesetz nicht beseitigt werden. „Mit diesem Preise muß die Rechtssicherheit erkauft werden", (Pagenstecher a. a. O.). Er ist immer noch das kleinere Übel „gegenüber der lähmenden Wirkung endloser Ungewißheit" und Rechtsunsicherheit. Die Urteile des geisteskranken Richters sind daher der Rechtskraft fähig, die „alle Mängel des Verfahrens deckt und heilt", (Stein-Jonas Bd. 2 a. a. O.). Sie sind nur insoweit anfechtbar, als die Prozeßordnung insoweit Rechtsbehelfe (Rechtsmittel im weiteren Sinne) gewähren.

## II.

Der Satz: res judicata pro veritate accipitur hat im geltenden Prozeßrecht durch das Vorhandensein von Rechtsmitteln besondere Bedeutung erlangt; denn das Urteil wird nicht schon sogleich bei dem Ausspruch des Richters rechtskräftig, sondern erst dann, wenn es innerhalb einer bestimmten Frist unangefochten bleibt.

Die im geltenden Prozeßrecht (Zivil- und Strafprozeß) in Frage kommenden Rechtsmittel sind Berufung, Revision, Beschwerde und Wiederaufnahme des Verfahrens. Durch sie können prozessuale Nachteile geheilt werden. Ihre Verwendungsmöglichkeit ist im Straf- und im Zivilprozeß verschieden geregelt.

Im Strafprozeß sind gegen Urteile des Richters als Rechtsmittel die Berufung und die Revision gegeben, (§§ 312, 335, Abs. I St.P.O.). Ist das Rechtsmittel nicht frist- und formgerecht eingelegt (§§ 314, Abs. II, 341 Abs. II St.P.O.), so wird das Urteil rechtskräftig. (§§ 316 I, 343 I St.P.O.). Zwar besteht noch die Möglichkeit, nachdem das Gericht erster Instanz das Rechtsmittel wegen Fristversäumnis als unzulässig verworfen hat, binnen einer Woche nach Zustellung des die Einlegung des Rechtsmittels zurückweisenden Beschlusses auf die Entscheidung des Berufungsgerichts anzutragen; „Dies ist nicht etwa eine sofortige Beschwerde, sondern ein ganz neuer Rechtsbehelf." (v. Kries: Lehrbuch § 75 II S. 650.) Aber hierdurch wird die Vollstreckung des Urteils nicht gehemmt (§ 319 Abs. II, § 346 Abs. II St. P. O.).

Im vorliegenden Sachverhalt würde dieser neue Rechtsbehelf allerdings nur von Wert sein, wenn es den daran beteiligten Parteien gelingt, innerhalb der Frist von einer Woche, innerhalb welcher dieser Rechtsbehelf geltend zu machen ist, die Geisteskrankheit des Richters zu erkennen und sie als Anfechtungsgrund zu gebrauchen. Dasselbe gilt von der Rechtskraft des amtsrichterlichen Strafbefehls, der nach Ablauf der Einspruchsfrist von einer Woche die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils erlangt. (§ 409—410.)

Eine Wiederaufnahme des Verfahrens gegen rechtskräftige Urteile des Richters auf Grund der Geisteskrankheit ist im Strafprozeß nicht möglich, da die Wiederaufnahme nur zur Neuerörterung der Schuldfrage zulässig ist. (R.G.St. Bd. 19, S. 322; Kohlrausch St.P.O. Vorbem. II z. 4. Buch.)

Im Zivilprozeß gibt es gegen das Endurteil und den ihm gleichgestellten Zwischen-, Teil- und Vorbehaltsurteilen (§§ 275, 302, 304, 511, 599 III Z.P.V.) als Rechtsmittel nur die Berufung und die Revision, die ebenfalls an bestimmte Fristen gebunden sind. Im vorliegenden Sachverhalt wäre daher die Einlegung dieser Rechtsmittel gegen die Urteile des geisteskranken Richters nur dann möglich, wenn innerhalb der Beschwerdefrist die Geisteskrankheit als Beschwerdegrund von einer Partei festgestellt werden konnte, wobei bemerkt werden muß, daß Geisteskrankheit als Berufungsgrund, da es sich in der Berufung hauptsächlich um neues tatsächliches Vorbringen handelt, durchaus stichhaltig und unbestritten ist; dagegen ist Geisteskrankheit als Revisionsgrund, da die Revision nur rechtliche, aber keine tatsächlichen Fragen würdigen darf, nur dann zulässig, wenn durch ihr Vorliegen zugleich irgend eine Rechtsnorm verletzt worden ist. (Hierzu wird weiter unten ausführlich Stellung genommen.)

Das Gleiche, wie für die Berufung gilt von den mit der sofortigen Beschwerde anfechtbaren Urteilen (§ 99 I, §§ 71, 135, 287, 577 Abs. II Z.P.O.)

Unterliegen die Urteile weder der Berufung noch der Beschwerde, weil sie durch Fristablauf rechtskräftig geworden sind, so ist gegen sie nur noch die Wiederaufnahme des Verfahrens durch Erhebung der Nichtigkeitsklage zulässig, jedoch nur unter abschließend geregelten Voraus-

setzungen. Für den Sachverhalt kommt nur eine Erhebung der Nichtigkeitsklage wegen unvorschriftsmäßiger Besetzung des erkennenden Gerichts oder wegen gesetzlicher Ausschließung des Richters in Frage (§ 579 Z. 1 und 2 Z.P.O.). Was die Frist anbelangt, so ist das Wiederaufnahmeverfahren gegen alle rechtskräftig gewordenen Urteile des geisteskranken Richters möglich, da für die Erhebung der Klage nach § 586 II Z.P.O. ein Zeitraum von 5 Jahren nach der Rechtskraft des Urteils gegeben ist; sie ist vor Ablauf der Notfrist eines Monats zu erheben, die mit dem Tage beginnt, an welchem die Partei von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erhalten hat, jedoch nicht vor eingetretener Rechtskraft des Urteils (§ 586 I und II Z.P.O.); denn in diesem Falle stehen der Partei ja noch die ordentlichen Rechtsbehelfe zu.

Nunmehr bleibt nur noch zu untersuchen, ob die Tatsache der Geisteskrankheit eine Verletzung der Rechtsnorm wegen unvorschriftsmäßiger Besetzung des Gerichts darstellt damit einmal die Revision, das andere Mal die Nichtigkeitsklage gerechtfertigt ist. Das Reichsgericht hat in seinen strafrechtlichen Entscheidungen in gleichbleibender Rechtsprechung bis zum Jahre 1925 zur Frage der Verletzung einer Besetzungsnorm folgenden Standpunkt vertreten:[40] Die Mitwirkung eines schlafenden Geschworenen oder Richters bilde keinen Revisionsgrund im Sinne der § 338 Ziff. 1 bis 2 St.P.O. und auch nicht der Ziffer 5. Der schlafende Richter sei nicht abwesend, noch sei durch seine geistige Nichtteilnahme das Gericht unvorschriftsmäßig besetzt; es sei nur die mangelnde Aufmerksamkeit nicht pflichtgemäß gewesen; in welchem Umfange der Richter oder der Geschworene den Vorgängen in der Hauptverhandlung Beachtung schenke, sei lediglich seiner Pflichtüberzeugung anheimgestellt. In Verfolg dieser Ansicht wird der Mangel geistiger Fähigkeit, das Vorhandensein körperlichen und geistigen Gebrechens bei einem in der Hauptverhandlung mitwirkenden Richter (R.G.St. Bd. 30, S. 400), deshalb nicht als Revisionsgrund angesehen, weil die Prozeßordnungen offenbar von dem Gedanken beherrscht seien, daß ausreichende Vorkehrungen gegen derartige Vorkommnisse bereits vor Ernennung zum Richter schon

40) s. S. 31 Anm. 41.

durch Gesetz getroffen seien. (Befähigungs- und Gesundheitsnachweise).[41] Das Reichsgericht will damit sagen, daß auch Geisteskrankheit einen Ausschluß von der Mitwirkung als Richter und damit zugleich eine unvorschriftsmäßige Besetzung dann erst rechtfertige, wenn dieses Vorkommnis bemerkt worden, also offenkundig geworden sei. Entscheidet doch im ähnlichen Sinn ein Oberlandesgericht (O.L.G. Bd. III, Seite 29), daß Geisteskrankheit im medizinisch-technischen Sinne durchaus nicht immer Handlungsunfähigkeit erzeuge. Es muß sich um ein erkennbares Abweichen vom normalen Denken handeln, um Handlungsunfähigkeit anzunehmen. Ist diese Tatsache nicht gegeben, so sind die Handlungen des geisteskranken Richters in keiner Weise zu beanstanden; latente, d. h. nicht erkennbare Geisteskrankheit, schließt daher aus, „die Rechtmäßigkeit und Unparteilichkeit des Richters zu verneinen." (Vogels a. a. O. S. 259.) Anders liegt aber der Sachverhalt, wenn bei dem Richter nicht mehr latente Geisteskrankheit festgestellt worden ist. Hier fragt es sich, ob in diesem Falle noch von einem Mitwirken als Richter, von einer vorschriftsgemäßen Besetzung des Gerichts wird die Rede sein können. Die in einem vorgeschrittenen Stadium der Geisteskrankheit erlassenen Urteile werden wohl anfechtbar sein müssen.

Die Ansicht des Reichsgerichts, daß Urteile eines geisteskranken Richters überhaupt nicht anfechtbar sein können, ist mehrfach bekämpft worden. Es wurde dagegen geltend gemacht, daß das Gesetz nicht dahin ausgelegt werden dürfe, daß zur ordentlichen Besetzung des Gerichts bloße körperliche Anwesenheit genüge. Denn ein schlafender oder gar geisteskranker Richter sei nicht in der Lage, „die Vorgänge im Verhandlungsraum richtig wahrzunehmen und zu deuten.[43] Er könne nicht nur nicht einen geringeren Grad von Aufmerksamkeit entfalten, sondern infolge seines Gebrechens überhaupt keine. Das Gesetz verlange aber ein Urteil nur auf Grund mündlicher Verhandlungen und, „es verlangt darum die ständige Anwesenheit der daran beteiligten Personen". Würde ein Richter den Verhandlungsraum während

41) R.G.Str. Bd. 22, S. 106 ff. 107, im gleichen Sinne: Bd. 30, S. 400, Löwe-Rosenberg a.a.O. Vorbemerkung zum III. Abschn. der St.P.O. Nr. 2.
42) Josef, Fehlerhafter Staatsakt usw. a.a.O. Dem Sinne nach ebenso Tezner a.a.O. S. 358.
43) Siehe S. 33.

der Verhandlung für einige Zeit verlassen, ohne die Verhandlung auszusetzen, so würde ohne weiteres ein Revisionsgrund gegeben sein. „Der innere Grund dafür ist aber nicht die Tatsache der Nichtanwesenheit, sondern die Lückenhaftigkeit in der Voraussetzung der Urteilsbildung." (Vgl. auch § 226 St.P.O., § 312 I Z.P.O. und § 309 Z.P.O.). „Nur was dem Richter, Geschworenen oder Schöffen durch eigene Anschauung vermittelt ist, soll für sein Urteil entscheiden." Unerlaubt sei daher die mittelbare Ergänzung der Wahrnehmung, insbesondere durch Akteneinsicht oder durch Aussagen anderer Richter. Vielmehr sei erforderlich, daß der Richter geistig anwesend sei. Das gehöre zum Begriff der Verhandlung mit dem Gericht. „So gut das körperliche Abwesendsein eines Richters unerlaubt ist, so gut ist das geistige Fehlen ein Grund, das Urteil umzustoßen," ein Schluß, durchaus folgerichtig a minore ad maiorem (vgl. Mittermayer a. a. O. S. 13). „Der Nachweis des Mangels dieser Tatsache müßte zur Aufhebung des Urteils führen. (Oetker, Verfahren vor den Schwurgerichten: S. 104.)[44] Endlich wurde gegen die Rechtsprechung des Reichsgerichts geltend gemacht, daß nach dem Gerichtsverfassungsgesetz die Mitwirkung eines geistig gesunden Richters als selbstverständlich vorausgesetzt werde; „das Maß der Begabung, der Aufmerksamkeit, der Leistungsfähigkeit muß verschieden sein, aber die Möglichkeit der *geistigen* Mitwirkung gilt als selbstverständlich." Eine Rüge über mangelnde Leistungsfähigkeit könne wegen ihrer *relativen* Natur keine Anfechtung des Urteils ermöglichen; der Einwand der Geisteskrankheit eines Richters muß aber zulässig sein, weil sie einen absoluten Hinderungsgrund darstelle (s. auch weiter unten). Außerdem schade die Aufstellung des Satzes, daß nur körperliche Anwesenheit des Richters zur vorschriftsmäßigen Besetzung des Gerichts genüge, dem Ansehen und der Autorität der Gerichte, auf der allein die Kraft unserer Rechtsprechung ruht. Es gäbe noch ein ungeschriebenes Recht. Das Gesetz schweige über manches Erfordernis für die Persönlichkeit des Richters, wie übrigens

44) Vgl. Anm. 1 S. 32; Eckstein, Schlafende Richter S. 127, Feisenberger § 338 St.P.O. Anm. III, Hellwig, Geisteskranke Richter S. 533, Hellwig, Psychologie der Urteilsfindung, S. 450, Oetker, Rechtsgrundlage der Schöffen und Schwurgerichte S. 98, Oetker, Verfahren vor den Schwur- und Schöffengerichten S. 104, Löwe-Rosenberg St.P.O. Vorbemerkung zum 3. Abschnitt Nr. 2. In der neuesten Zeit besonders Heilberg in Jur.W. Bd. 54 S. 1007/1008, ders. in Jur.W. Bd. 57, S. 821 zu Nr. 46.

auch anderer Beamter. Das bedeute aber nicht, daß nur die ausdrücklich bezeichneten Erfordernisse (§§ 2—5 G.V.G.) für das Richteramt vorhanden sein müssen. (Heilberg a. a. O.)[45]

Allerdings steht der Satz allgemein nirgends geschrieben, daß ein staatliches Organ auch Herr seiner Sinne sein muß. Aber erkenntnistheoretisch und als praktisch allein mögliche Lösung dieser Frage muß daran festgehalten werden, daß der hierfür allein Anhalt gewährende § 33, Ziff. 4 G. V. G. auch dahin verstanden werden muß, „daß ein staatliches Organ überhaupt während der Wahrnehmung amtlicher Geschäfte körperlich und geistig normal und augenblicklicher Herr seiner Seelenkräfte zu sein habe." Es muß indessen zugegeben werden, daß eine zwingende Vorschrift in § 33, Ziff. 4 nicht enthalten ist, wonach die Mitwirkung eines geisteskranken Richters bei Vornahme von Amtshandlungen etwa das Gericht zu einem nicht vorschriftsmäßig besetzten macht. Aber der Sinn des Gesetzes ist zu eindeutig und wird für eine nicht zu engherzige Auslegung dieser Norm sprechen müssen und somit der den wahren Sinn dieser Bestimmung aus übertriebenem und engem Formalismus verkennenden Reichsgerichtsentscheidung die Anerkennung versagen müssen.[46]

Die Stellungnahme der Wissenschaft und Praxis für die Herbeiführung der Revision von Urteilen geisteskranker Richter ist nunmehr von der jüngsten Rechtsprechung des Reichsgerichts als richtig anerkannt worden.[47] Ein Gericht sei auch dann unvorschriftsmäßig besetzt, wenn ein Richter unfähig ist, den Vorgängen in der Hauptverhandlung zu folgen, obwohl ein ausdrückliches Gesetzesgebot dies nicht ausspreche; umsomehr und in höherem Maße sei ein Gericht dann unvorschriftsmäßig besetzt, „wenn ein Richter sich zur Zeit der Mitwirkung bei einem Urteil in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befunden hat. „Daran ändert nichts, daß . . . während der Beratung auch nicht die geringsten Anhaltspunkte dafür hervorgetreten sind, daß „der Richter nicht im vollen Besitz seiner Geisteskräfte gewesen wäre."

45) Ebenso Jellinek, Fehlerhafter Staatsakt S. 31. Für Beamte im allgemeinen auch Brand § 23, 5 S. 77 ff.

46) Jellinek (Fehlerh. Staatsakt, a.a.O. S. 31/32, S. 128) vertritt die entgegengesetzte Ansicht, der die Revision aus positiv rechtlichen Gründen leugnet.

47) R.G.Str. Bd. 60 S. 64. Neuerdings R.G.Str. in D.J.Z. 1928 Heft 7, Spalte 522/523 und in Jur.W. 1928 S. 821 (Bd. 57).

An diesem Urteil ist bisher nur von einer Seite zum Teil ablehnende Kritik geübt worden.[48] Allerdings nicht gegen die Zulässigkeit der Revision überhaupt, sondern gegen ihre Unterstellung unter § 338, Ziff. 1 St.P.O. Eine nicht vorschriftsmäßige Besetzung könne nur dann einen Revisionsgrund bilden, wenn eine besondere gesetzliche V o r s c h r i f t über die Besetzung verletzt worden sei; nun gebe es aber keine bestimmte Vorschrift derart, welche die Gründe der Entscheidung behandelt. Die Revision ließe sich daher nur wegen Verletzung eines Gesetzes im allgemeinen halten, denn nach den Motiven zur Strafprozeßordnung umfasse der Ausdruck Rechtsnorm nicht bloß die ausdrücklichen Bestimmungen der Gesetze, sondern auch alle Grundsätze, die sich aus dem Sinn und Zusammenhang der Gesetzesvorschriften ergeben. Aus diesem Sinne und Zusammenhang leite sich die allgemein anerkannte Forderung ab, „daß nur derjenige Recht sprechen könne, wer die Verhandlungsvorgänge im wachen Sinne verfolgen könne." Dieser Einwand ist aber erheblich, als er nämlich nach dem ihm von seinem Verfasser unterlegten Sinne geeignet ist, die Aufhebung des Urteils im Wege der Revision in Frage zu stellen.

Für die Revision von Zivilurteilen gelten vorstehende Bemerkungen entsprechend, da die Revision des Zivilprozesses auf denselben Rechtsgrundsätzen wie die Revision des Strafprozesses sich aufbaut.

Der Auslegung der Prozeßgesetze muß aber der in ihnen enthaltene Sinn zugrunde gelegt werden.[50] Für die Besetzung der Gerichte ist im Zivil- und Strafprozeßrecht das Gerichtsverfassungsgesetz maßgebend. Es stellt für den Erwerb des Richteramtes gewisse Forderungen auf, z. B. eine durch Prüfung nachgewiesene Befähigung. Außerdem liegt aber im Sinne dieses Gesetzes, wie bereits mehrfach betont worden ist, daß nur geistig gesunde Personen das Richteramt ausüben können; mittelbar ist diese Voraussetzung auch in §§ 2, 8, 128 G.V.G. zum Ausdruck gebracht; hiernach sind Richter wegen körperlicher und geistiger Gebrechen in den Ruhestand zu versetzen. Wenn sie unter den gegebenen Umständen das Richteramt in Zukunft nicht mehr ausüben dürfen, so folgt daraus, daß gegen eine gesetzliche

48) Drucker, in Jur.W. Bd. 55, S. 709.
49) Schmidt, Lehrbuch § 127 I, S. 808; Stein-Junker, § 114, Seite 335.
50) Stein-Junker, § 9 IV, S. 28.

Vorschrift verstoßen worden ist, wenn sie unter dem Einfluß dieses Gebrechens Amtshandlungen vorgenommen haben. Es liegt nicht im Sinne des Gesetzes begründet, daß sie als Richter ordnungsmäßig handeln können, solange ihnen ein Gebrechen anhaftet; das Gericht ist dann unvorschriftsmäßig besetzt gewesen, wenn ein infolge des Gebrechens untauglicher Richter mitgewirkt hat.[50] Damit entfällt der gegen die Entscheidung des Reichsgerichts von Drucker erhobene Einwand. Es kann daher die Revision gegen Urteile des geisteskranken Richters mit der Begründung unvorschriftsmäßiger Besetzung erhoben werden.

Die im Zivilprozeß nach Rechtskraft des Urteils nach zulässige Nichtigkeitsklage (vgl. S. 30—31) ist im Interesse der Rechtssicherheit nur unter noch schwereren Voraussetzungen als die Revision zulässig.

Die Nichtigkeitsgründe, die auch die unvorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts umfassen, sind im § 579 Z. P. O. abschließend geregelt, d. h. andere Gründe als die genannten, sind nicht zulässig. Nun könnte man denken, daß diese Gründe, die ja eine Verletzung des Gesetzes darstellen, ebenso behandelt werden müßten, wie die Revisionsgründe, die ebenfalls eine Gesetzesverletzung zum Inhalt haben. (§ 550 Z. P. O.) Man könnte schließen, daß stets bei Verletzung des Gesetzes auch eine Nichtigkeitsklage zulässig sei, allerdings erst nach Eintritt der Rechtskraft, weil ja die Nichtigkeitsgründe auch auf Gesetzesverletzungen beruhen. Dieser Schluß entspricht aber nicht den Voraussetzungen der Nichtigkeitsklage. Während die Revision für alle Rechtsverletzungen zulässig ist, liegt das Wesen der Nichtigkeitsklage darin, daß sie nur die schwersten Verletzungen des Gesetzes umfaßt, sie also nicht schon dann gegeben ist, wenn ein Gesetz überhaupt verletzt ist.[51] Für diese Fälle hat aber die Zivilprozeßordnung einen numerus clausus geschaffen. Würde man den Einwand Druckers gegen die Entscheidung des Reichsgerichts gelten lassen, so wäre die Erhebung der Nichtigkeitsklage nicht zulässig, da sie danach nur eine Verletzung der Rechtsnorm überhaupt, nicht aber die besondere im Sinne des § 579 Z. P. O., Ziffer 1, darstellt.

Die einzige, noch ausstehende Frage ist, ob etwa Geisteskrankheit nicht schon ein gesetzlicher Ausschließungsgrund

51) Schmidt, Lehrbuch § 127 I, S. 808; Stein-Junker, § 113, Seite 335.

nach § 41 ff Z. P. O. ist, der die Nichtigkeitsklage nur dann rechtfertigen würde, wenn das Hindernis der Ausschließung wegen Geisteskrankheit von einer Partei vor Eintritt der Rechtskraft nicht geltend gemacht worden ist (§ 579 Z. P. O., Ziff. 2). Hat nämlich der Kläger aber die Ausschließung erfolglos geltend gemacht, wenn auch nur in einer Instanz oder durch Rechtsmittel, so ist die Nichtigkeitsklage versagt.[52]

Ist sie indessen nicht geltend gemacht, tritt die Tatsache der gesetzlichen Ausschließung erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist ein, d. h. wird die Tatsache der Geisteskrankheit erst nach Rechtskraft des Urteils bekannt, so kann sie zur Begründung der Nichtigkeitsklage verwendet werden. Dieses Ergebnis entspricht aber nur dem Buchstaben, nicht jedoch dem Sinne dieser gesetzlichen Bestimmungen. Hat der Kläger aber die Ausschließung erfolglos geltend gemacht, wenn auch nur in einer Instanz, oder durch Rechtsmittel, so ist die Nichtigkeitsklage versagt. Einen gesetzlichen Ausschließungsgrund aus § 41 ff. Z. P. O. wird man wohl aber nicht annehmen können, und — wie unten näher ausgeführt ist — auch nicht anzunehmen brauchen, da der Sinn der in §§ 41 Z. P. O. aufgezählten Ausschließungsgründe irgendwelche Beziehungen des Richters zu den Prozeßparteien zugrunde legt; denn diese Vorschriften betreffen nur die prozeßrechtliche, sogenannte relative Behinderung, das Richteramt im Einzelfall auszuüben.[53] Dagegen wird man die Geisteskrankheit als absoluten Ausschließungsgrund anzusehen haben, der wegen seiner Selbstverständlichkeit im Gesetz nicht besonders erwähnt worden ist, und der zu den sogenannten relativen des § 41 Z. P. O. ff. hinzutreten kann, im übrigen aber von dieser Norm gänzlich unabhängig und selbständig ist und daher auch nicht mit dem den gesetzlichen Tatbestand dieser Norm im Rahmen der Zulässigkeitsvoraussetzungen der Nichtigkeitsklage behandelnden § 579, Ziff 2 in Beziehung zu setzen ist.[54]

Ergebnis: Gegen die Urteile des geisteskranken Richters in bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten ist, sofern nicht noch Berufung oder Revision möglich ist, die Erhebung der Nichtigkeitsklage zur Wiederaufnahme des Verfahrens aus § 579, Ziff. 1

52) Baumbach a.a.O., Anm. 3 zu § 579 ZPO.
53) Stein-Junker, § 31 VI, Stein-Jonas, Vorbemerkung zu § 41 Z.P.O.
54) Baumbach, Allgemeines zu § 41 Z.P.O. Sydow-Busch-Kranz, § 41 Z.P.O., Wach a.a.O., S. 334, Anm. 5.

Z.P.O. in Verbindung mit § 578 zulässig. Ist aber auch hierfür die Einlegungsfrist nach Kenntnis des Anfechtungsgrundes, nämlich der unvorschriftsmäßigen Besetzung des erkennenden Gerichts, abgelaufen, so bleibt das nur noch mit der Nichtigkeitsklage bis dahin anfechtbar gewesene Urteil unanfechtbar.

## III.

Auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt der Richter ebenfalls als Organ des Staates; seine Handlungen sind daher Organhandlungen (vgl. § 1 F.G.G., § 1 G.V.O.). Da sie zum Teil umfassendere Wirkungen als die Prozeßhandlungen zeitigen, die nur das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis zum Ausdruck bringen, müssen sie mindestens ebenso behandelt werden können wie die Prozeßakte. Sie müssen, wenn sie unter den sonst erforderlichen Voraussetzungen erfolgt sind, unanfechtbar oder nur ganz beschränkt anfechtbar sein, dürfen niemals aus dem Grunde für unwirksam erklärt werden, weil sie von einem geisteskranken Beamten vorgenommen worden sind.

Die herrschende Meinung[55] vertritt aber den entgegengesetzten Standpunkt. Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen und im öffentlichen Interesse müssen die Amtshandlungen eines geisteskranken Richters vollkommen unwirksam sein, es sei denn, daß die Beteiligten die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts von der amtlichen Beurkundung nicht abhängig machen wollen. Der Umstand, daß ein Richter oder Notar bei der Beurkundung eines Vertrags geisteskrank war, mache die Urkunde zu einer nichtöffentlichen. Allerdings sei weder im R.F.G.G. noch im Pr.F.G.G. eine Bestimmung enthalten, daß ein geisteskranker Richter bei der Beurkundung nicht mitwirken dürfe. Eine solche Bestimmung sei aber überhaupt nicht erforderlich gewesen, da auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit wie im Prozeßrecht, Geisteskrankheit ebenso als absoluter Hinderungsgrund gelte und deshalb im Gesetz nicht weiter ausdrücklich genannt zu werden brauche.

Als absolut nichtig werden die Handlungen eines geisteskranken Richters auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit angesehen, wenn der Richter bei den von der Wissen-

55) Vgl. hierzu Schlegelberger: a.a.O. Anm. III. zu § 6 FGG.; Anm. I § 170 FGG. Laband im „Recht 1907" S. 1270, Nr. 3190.

schaft als „rechtsgeschäftliche" bezeichneten Parteihandlungen mitgewirkt hat. Hierzu gehören u. a. alle grundbuchlichen Erklärungen, sowie letztwillige Verfügungen,[56] die vor dem geisteskranken Richter abgegeben oder von ihm entgegengenommen sind. Bei ihnen tritt nach der herrschenden Meinung der Rechtserfolg nur und erst mit dem Willen des Erklärenden ein. Der Richter, der diesen Willensvorgang aber zu beurkunden hat, müsse fähig sein, die Willenserklärung wahrzunehmen, zu verstehen, sonst könne er sie nicht als „tatsächlich" abgegeben beurkunden. Zu den nichtrechtsgeschäftlichen Handlungen jedoch gehören alle diejenigen, die entweder überhaupt keinen Rechtserfolg zeitigen, oder bei denen der Rechtserfolg ohne einen auf seine Herbeiführung besonders gerichteten Willen von selbst eintritt. Sie können auch von einem absolut unfähigen Richter vorgenommen werden. Hierzu gehöre insbesondere die spezifisch grundbuchrechtliche Tätigkeit, nämlich die Zurückverweisung von Eintragungsanträgen, die Offenlegung des Grundbuchs und die Erteilung und spätere Behandlung der Briefe.[57]

Besonderes gilt aber für die Eintragung in das Grundbuch nach § 10 G.B.O.. Obwohl sie einen sog. rechtsgeschäftlichen, vom Parteiwillen abhängigen Rechtserfolg herbeiführt, ist sie nach dem Gesetz nicht deswegen unwirksam, weil ein Grundbuchbeamter sie bewirkt hat, der von der Mitwirkung kraft Gesetzes oder infolge einer Ablehnung ausgeschlossen war. Diese Eintragung ist in der rechtlichen Würdigung weder der Beurkundung von Eintragungsbewilligung und Auflassung noch der spezifisch grundbuchrechtlichen Tätigkeit gleichzuachten; für jene gelten die Vorschriften über rechtsgeschäftliche Urkunden § 168 ff F.G.G., für diese § 7 F.G.G.; denn die §§ 168 ff. gelten **nur** für rechtsgeschäftliche Beurkundungen. Die Eintragung in das Grundbuch ist aber nur der besonderen Vorschrift des § 10 G.B.O. unterworfen. Hiernach besteht die Eintragung auch durch einen hierzu vollständig unfähigen Richter zu Recht: „Insbesondere wird die beabsichtigte Rechtswirkung durch die Tätigkeit des geisteskranken Richters ebenso herbeigeführt wie durch eine ordnungsmäßig vorgenommene Eintragung,[58] d. h. durch

56) Josef, Die freiwillige Gerichtsbarkeit (Bozi) Seite 239.
57) Güthe-Triebel a.a.O. § 10 B. 2, Anm. 4, Seite 152 und § 10 C. I, 1, Anm. 7, Seite 154.
58) Güthe-Triebel, a.a.O., § 10 D. II, Anm. 14, S. 155. Predari, a.a.O., § 10, Anm. 4, S. 263.

einen von der Amtstätigkeit nicht ausgeschlossenen Richter. Sie braucht also nicht erst durch einen anderen kraft Gesetzes nicht ausgeschlossenen Richter wiederholt zu werden. Auch ist niemand berechtigt, einen Widerspruch unter Hinweis auf die absolute Unfähigkeit des Richters zur Eintragung gemäß § 54 I, 1 G.B.O. eintragen zu lassen, ebensowenig darf ein anderer Grundbuchbeamter sich weigern, eine weitere Eintragung an die von einem kraft Gesetzes ausgeschlossenen Richter vorgenommene Eintragung anzuschließen. Endlich ist nach § 71, II,1 G.B.O. die Anfechtung der Eintragung mit der Beschwerde unzulässig.

Die besondere rechtliche Behandlung der Eintragung veranlaßt aber eine weitere Frage, ob diese Grundsätze auch dann zu gelten haben, wenn die Eintragung von einem kraft Gesetzes ausgeschlossenen Richter erfolgt ist, der zugleich die für die Eintragung erorderlichen rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Auflassung beurkundet hatte. Diese sollten aber unwirksam sein, wenn sie von einem geisteskranken Beamten beurkundet sind. Nun könne die Eintragung ohne gültige Auflassung nicht erfolgen, daher sei auch die Eintragung unwirksam. Hierzu ist jedoch zu bemerken, daß dieser Schluß nur für die Beteiligten, nicht aber für den gutgläubigen Dritten berechtigt ist, zu dessen Gunsten im § 892 des B.G.B. die Vermutung der Richtigkeit der Eintragung zur Fiktion der Richtigkeit sich steigert.

Demgegenüber wurde von Josef (Ziv. Arch. Bd. 95 S. 160) geltend gemacht, daß die Fassung des § 29 G.B.O., der sich mit den Voraussetzungen der Eintragung befasse, bloße Ordnungsvorschrift sei, deren Verletzung die Nichtigkeit der Eintragung keineswegs herbeiführe. Das Reichsgericht (R.G.Z. Bd. 99, S. 66—70 ff.) läßt beide Ansichten gelten, sieht aber im Verkehrsinteresse eine beurkundete Erklärung als größeren Schutz an als die bloße Eintragung auf Grund mündlich abgegebener Erklärung; denn „der juristische Wert der amtlichen Beurkundung liegt in ihrer erhöhten Glaubwürdigkeit".[59] Der mündlich abgegebenen Erklärung ist aber diejenige gleichzustellen, welche von einem nach § 170 ff. F.G.G. ausgeschlossenen Richter entgegengenommen und beurkundet worden ist; unter diese Vorschrift soll aber auch die Tätigkeit eines geisteskranken

59) Vgl. auch Bendix in D.J.Z. 1902 Nr. 20, S. 479. Fleiner a.a.O Anm. 13, § 13.

Richters fallen. Durch diese Entscheidung wird aber praktisch der Lehre von der absoluten Nichtigkeit der Amtshandlungen des geisteskranken Richters wenigstens in Grundbuchsachen jede Bedeutung genommen, da die einmal vorgenommene Eintragung alle Verfahrenmängel heilt. (Vgl. §§ 313, 891, 892 BGB.).

Die Aufnahme öffentlicher Testamente gehört insbesondere zu den Handlungen des Richters, die für seine Mitwirkung neben der Allgemeinbefähigung auch geistige Gesundheit „nach allgemein rechtlichen Grundsätzen" erfordern, da die hierbei von ihm entgegenzunehmenden Erklärungen des Testators als rechtsgeschäftliche bezeichnet werden. Ihr Mangel mache das Testament ebenso nichtig, wie wenn einer der sogenannten relativen Ausschließungsgründe der §§ 170 F.G.G. verletzt worden wäre; denn unbeschadet der Vorschriften des B.G.B. über die Errichtung eines öffentlichen Testaments (§ 2231 ff.) gelten die Vorschriften der §§ 169 ff. F.G.G. für die gerichtliche Beurkundung.[60] Das von einem geisteskranken Richter aufgenommene und beurkundete Testament wäre seinem ganzen Inhalt nach nichtig, es sei denn, daß es sich um ein privatschriftliches Testament handelt, das lediglich in amtliche Verwahrung genommen wird (§§ 2231 Nr. 2, 2248 B.G.B.); denn der hierüber ausgestellte Hinterlegungsschein übt keinen rechtlich bedeutsamen Einfluß auf das hinterlegte Testament aus, er kann daher auch von einem geisteskranken Beamten ausgestellt werden. Ist doch „die Ueberreichung zu amtlicher Verwahrung etwas anderes als die Einrichtung eines Testaments vor Gericht".[61] Wesentlich für die Gültigkeit des eigenhändigen (privatschriftlichen) Testaments ist die Ueberreichung zur amtlichen Verwahrung nicht.

Die Ansicht, daß Geisteskrankheit des Richters als absoluter Nichtigkeitsgrund zu werten sei, wird zunächst damit widerlegt, daß nach herrschender Ansicht die §§ 168 ff. F.G.G. lediglich besagen, daß die Beurkundung von Testamenten sich nur insoweit nach dem Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit richtet, als nicht im Bürgerlichen Gesetzbuch entgegengesetzte Vorschriften gegeben sind. Gerade die Bestimmungen über die Mitwirkung

60) Reichsgerichtsrätekommentar V zu § 2232, Staudinger-Herzfelder a.a.O. V zu § 2232.

61) Enneccerus-Wolff II, 3 (§ 13 IX, Anm. 38).

eines Richters bei der Testamentserrichtung sind aber in den §§ 2234—2237 B.G.B. erschöpfend geregelt; die §§ 6 und 170 F.G.G. kommen daneben nicht zur Anwendung. Ebenso aber auch nicht die allgemeinen Rechtsregeln über die absoluten Hinderungsgründe; denn die erschöpfende und in sich begrenzte Regelung des B.G.B. läßt neben sich Normen auch rechtspolitischer Art nicht zu. Gerade für diese Bestimmung ist daher anerkannten Rechtes, daß das B.G.B. ausschließlich maßgebend ist.

Jene Ansicht über die absolute Nichtigkeit wird weiter damit widerlegt, daß die Geschäftsunfähigkeit einer Privatperson nur für ihre Willenserklärung erheblich ist,[62] und daß die Bestimmungen über Geschäftsfähigkeit nur für die eigene staatsfreie Sphäre einer Rechtspersönlichkeit gegeben sind, und daß daher diese auch in sich begrenzten Normen wie bereits ausgeführt worden ist, auf andere Rechtsgebiete de lege ferenda auch nicht im Wege der Analogie übernommen werden dürfen, und zwar auf Rechtsgebiete, die eine streng in sich abgeschlossene Rechtsmaterie behandeln und deshalb nur aus sich heraus beurteilt werden können.

Die richterliche Urkunde enthält keine Willenserklärung des „Richters", sondern ist lediglich ein Zeugnis über einen amtlichen und tatsächlichen Vorgang, das aber vom Gesetzgeber in den meisten Fällen aus rechtspolitischen Erwägungen mit Rechtswirkungen ausgestattet ist; dadurch wird der beurkundete Vorgang zur bloßen Rechtshandlung, für welche aber rechtsgeschäftliche Nichtigkeitsgründe nicht geltend gemacht werden können, denn in Rechtshandlungen wird niemals ein rechtsgeschäftlicher Wille erklärt.

Hiergegen kann aber eingewendet werden, daß der amtliche Vorgang von dem Richter „wahrgenommen" werden muß, die Wahrnehmung aber geistige Befähigung erfordere[63], und der geisteskranke Beamte garnicht fähig sei, diese Rechtshandlung auszulösen. Wenn man nun aus dem eben angeführten Grunde, wie aus „allgemeinen Rechtsgedanken im öffentlichen Interesse mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit" Geisteskrankheit als absoluten Ausschließungs- und Nichtigkeitsgrund rechtfertigen will, so darf man den Beweis nicht

62) Josef, Fehlerhafter Staatsakt, S. 355—58, derselbe im „Recht 1913", S. 731 ff.

63) Aufsatz in Zeitschr. des Deutschen Notarvereins, Band 13, Seite 299, hierzu Josef: Der Einfluß des Bürgerlichen Rechts, Seite 40 V.

darauf stützen, daß der Staat nur gesunde Organe für seine Tätigkeit aussucht, welche die von ihnen zu beurkundenden Vorgänge auch tatsächlich wahrnehmen können; denn dieser an sich allgemein richtige Gedanke umfaßt aber nicht die weitere Frage, ob ein durch Geisteskrankheit zur Vornahme solcher Beurkundungen physisch unfähiges Organ aus einem anderen, nämlich staatsrechtlichen Grunde nicht dennoch rechtswirksam handeln könne. Er sagt nur aus, daß der Staat gesunde Organe für seine Tätigkeit aussuchen wird. Hat er aber einmal ein unfähiges Organ in seinem Dienst, und beläßt er es trotz Kenntnis seines Gebrechens und seiner Unfähigkeit darin, so spricht nichts dagegen, eher alles dafür, daß der Staat dieses Organ trotz seiner physischen Unfähigkeit als staatlichen Willensträger belassen will; denn es ist bereits hierzu an anderer Stelle ausgeführt worden, daß ein Organ solange in der Lage ist, für den Staat rechtswirksam zu handeln, als der Staat von sich aus keinen Anlaß nimmt, im öffentlichen Interesse die Dienstunfähigkeit des Organs festzustellen und ihm jede weitere Amtstätigkeit zu untersagen.

Auch in der Erwägung, daß den richterlichen Beurkundungen erhöhte Beweiskraft gegenüber bloßen Privaturkunden zukommt, muß man eine Nichtigkeit in dem Falle verneinen, wenn ein geisteskranker Beamter die Urkunde aufgenommen hat; denn die bloße Tatsache, daß die Urkunde von einem (auch kranken!) Beamten überhaupt aufgenommen worden ist, von einem ihre Echtheit und besondere Glaubwürdigkeit krat seiner Autorität als Staat verbürgenden Organ, ist allein Element ihrer erhöhten Beweiskraft. Wie stark der Staat seine Autorität in den vor seinen Organen errichteten Urkunden verankert hat,[64] erhellt aus ihrer Bedeutung als prozessuales Beweismittel. So bestimmt § 415 Z.P.O.: „Urkunden, welche von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihre Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind (öffentl. Urkunden), begründen, wenn sie über eine vor der Behörde oder der Urkundsperson abgegebene Erklärung errichtet sind, vollen Beweis des durch die Behörde oder die Urkundsperson beurkundeten Vorgangs." Erst eine besondere

64) Siehe hierzu auch Kormann: Rechtsgesch. Staatsakte, S. 129 ff, S. 131.

Vorschrift konnte die sich hieraus ergebenen weitgehendsten Folgerungen einschränken: „Der Beweis, daß der Vorgang unrichtig beurkundet sei, ist zulässig". (§ 415 II Z.P.O.).

Josef[65] vertritt die gleiche Ansicht mit dem Ergebnis, daß der Staat Beamte bestellen müsse, die den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs Genüge leisten können, daß er sie auch vom Amte entfernen muß, wenn sie den von ihnen erwarteten Anforderungen nicht mehr gerecht werden können. Hierfür sprechen die Amtszuchtgesetze. Das gilt für alle Fälle, in denen der Richter als Organ handelt, also auch auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Entfernt aber der Staat ein zur Amtsausübung unfähiges Organ nicht, so muß man annehmen, daß dieses Organ weiterhin in der Lage ist, auch auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit innerhalb seiner Zuständigkeit rechtswirksam zu handeln.[66] Dagegen ist „natürlich der Tatsache vorhandener Geisteskrankheit des Urkundsbeamten erhebliche Bedeutung dann beizulegen, wenn der Beteiligte einwendet, daß seine Erklärung unrichtig beurkundet sei;" denn in diesem Fall ist zwar die Beurkundung an sich nicht unsachgemäß oder fehlerhaft vorgenommen, aber es ist durch eine infolge der Krankheit vom Richter unrichtig verstandene Erklärung etwas anderes beurkundet worden, als hätte beurkundet werden müssen.

Die von Josef dargestellte Ansicht fußt auf der vom Reichsgericht vertretenen Auffassung, daß der Gesetzgeber genügend Vorkehrungen getroffen habe, um Handlungen untauglicher Organe möglichst zu vermeiden;[67] treten sie aber dennoch ein, so können sie nur einen Anfechtungsgrund, nicht aber von vornherein eine absolute Nichtigkeit dieser Amtshandlung rechtfertigen.

Die Gründe, für r e ch t s g e s ch ä f t l i ch e Beurkundungen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit besonders befähigte Organe hinzuzuziehen und bei Verstoß dagegen sie für nichtig zu erklären, sind nicht in der Lage, die Wirksamkeit des fehlerhaften Staatsaktes zu beseitigen; denn „während das Privatrecht im allgemeinen ein mit rechtlichen Mängeln behaftetes Rechtsgeschäft als nichtig behandelt, läßt das öffent-

65) Josef, Fehlerhafter Staatsakt i. d. F.G. a.a.O. Josef, Recht 1913 a.a.O.
66) Vgl. auch S. 10, S. 24/25. (Nur im Falle dauernder Geisteskrankheit müssen Beamte in den Ruhestand versetzt werden!) Walter Jellinek: Fehlerh. Staatsakt, S. 60.
67) RGStr. Bd. 30, S. 400.

liche Recht diese Wirkung nur bei den größten Verstößen gegen das Gesetz eintreten. Es betrachtet als nichtig nur diejenige Verfügung, welcher ein wesentliches juristisches Element fehlt."[68] Zu den wesentlichen Bestandteilen auch eines Aktes der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehört aber, daß eine örtlich und sachlich zuständige Behörde in der vom Gesetze vorgeschriebenen Form und unter Beobachtung der wesentlichen Vorschriften über das Verfahren den Staatsakt erläßt, daß endlich dieser Staatsakt nur tatsächlich und rechtlich Mögliches anordnet und dabei gegen keine Rechtsnorm verstößt.

Entspricht aber eine Verfügung diesen Voraussetzungen, ist sie jedoch mit einem Mangel anderer Art behaftet, d. h. ist sie z. B. von einem geisteskranken Richter erlassen worden, „so kann ihr die Fähigkeit zur Erzeugung rechtlicher Wirkungen nur durch eine amtliche Kraftloserklärung genommen werden".[69] Solange aber eine solche Kraftloserklärung nicht erfolgt ist, bleibt der fehlerhafte Staatsakt rechtsgültig und rechtsbeständig. Man muß hier wie bei den Prozeßhandlungen des geisteskranken Richters feststellen, daß auch seine Tätigkeit auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur das Interesse des Staates an der Rechtssicherheit bezweckt; der Einzelne muß daher auf die Richtigkeit und Wirksamkeit der Entscheidungen und Verfügungen des geisteskranken Richters ebenso vertrauen können, wie wenn dieselben Verfügungen von einem geistig gesunden Organ veranlaßt worden sind.

Daher sind die von dem geisteskranken Amtsrichter aufgenommenen Testamente, die von ihm geleiteten Grundbuchverhandlungen und von ihm bewirkten Eintragungen ins Grundbuch wirksam und mit der Beurkundung bezw. Eintragung rechtsgültig geworden. Doch hat das Gesetz wie im ordentlichen Prozeß dem hiervon Betroffenen ein Beschwerderecht eingeräumt, das aber nach § 24 F.G.G. grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung hat; denn ist vom Staat einmal ein bestimmter Rechtserfolg herbeigeführt worden, so kann er nicht immer darauf warten, bis nach Monaten oder Jahren die Rechtmäßigkeit seiner Handlungen kraft Urteilsspruches feststeht. (Eintragungen bleiben aber von der Geltendmachung

68) Vgl. hierzu Fleiner, a.a.O., § 13, S. 203.
69) Vgl. hierzu Fleiner, a.a.O., § 13, Seite 206.

der Beschwerde unberührt, d. h. die Beschwerde gegen eine falsche Eintragung ist unzulässig (§ 71 G.B.O.).). „Einmal im vollen Umfange gültig geworden, ist die staatliche Handlung vor der Vernichtung geschützt".[70] Wie im Prozeßrecht kann auch auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Beschwerde damit begründet werden, daß das Gericht im Sinne des § 551 Ziff. 1 Z.P.O. unvorschriftsmäßig besetzt gewesen ist. (Unger a.a.O., S. 104 ff.).

## 4. Zusammenfassung.

Es ist festgestellt worden, daß ein geisteskranker Richter innerhalb seines Tätigkeitsbereichs rechtswirksam Amtshandlungen vornehmen kann; denn die Rechtswirksamkeit ist nicht von seinem Willensentschluß, sondern nur von dem Willen des Staates abhängig. Als Organ des Staates kann er nur den Staatswillen vollziehen. Der Staatswille kann aber als rechtlich nicht vorhanden nicht gedacht werden, wenn der Staat durch seine Organe gerade rechtswirksam handeln will. Dadurch, daß er diese Handlungen innerhalb gewisser Fristen und unter gewissen Voraussetzungen durch sogenannte Rechtsmittel für anfechtbar erklärt, nimmt er ihrer Wirkung die Härte der absoluten Gültigkeit, die wie die absolute Nichtigkeit für unerträglich angesprochen werden muß. Andererseits aber wahrt er durch möglichste Beschränkung dieser Rechtsbehelfe die autoritative Geltung der Organhandlungen und hebt sie so über ein bloßes, unverbindliches Rechtsgutachten hinaus, dessen Anerkennung in das freie Belieben des Einzelnen gestellt wird; endlich richtet er durch die Wahrung der Autorität seiner Handlungen eine Schranke dagegen auf, daß „der den Staatsorganen unterworfene Untertan Richter über seine eigenen Richter sein würde".[71]

70) Jellinek, Walter, Fehlerhafter Staatsakt, S. 146—47.

71) Kelsen, Staatsunrecht, Seite 93 und Jellinek, Walter, Fehlerhafter Staatsakt, Seite 104/105.

## Lebenslauf.

Am 16. Juni 1904 wurde ich als Sohn des Oberpostinspektors Kurt Jurisch und seiner Ehefrau Martha geb. Kießling in Görlitz geboren. Von Ostern 1911 bis Ostern 1923 besuchte ich die Vorschule und das Städtische Reformrealgymnasium zu Görlitz. Nach bestandener Reifeprüfung bezog ich die Universitäten Erlangen und Breslau, um Rechts- und Staatswissenschaften zu studieren. Am 27./28. Juli 1927 legte ich mit Erfolg die erste juristische Staatsprüfung am Oberlandesgericht zu Breslau ab. Seit Oktober 1927 bin ich als Referendar an dem Amts- und Landgericht zu Hirschberg (Riesengebirge) tätig.

Am 15. Mai 1928 bestand ich an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Breslau die mündliche Prüfung zum Doktor beider Rechte.

Es sei mir gestattet, auch an dieser Stelle Herrn Professor Dr. Heilborn für seine wertvollen und fördernden Anregungen meinen aufrichtigsten Dank auszusprechen.